

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad Andina

Edison Toro Calderón

2013

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS/MONOGRAFÍA

Yo, Edison René Toro Calderón, autor de la tesis intitulada “Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad Andina”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Internacional Económico en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 6 de enero de 2014

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

CON MENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Dr. César Montaña Galarza (Tutor)

Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad
Andina

Edison Toro Calderón

Quito, 2013

Resumen

La armonización tributaria es un instrumento de derecho comunitario derivado que busca la eliminación o por lo menos la atenuación de las barreras que impiden los intercambios comerciales dentro de una zona de integración. Sin embargo, en este proceso comunitario donde órganos supranacionales compuestos fundamentalmente por representantes de la función ejecutiva de los Estados miembros, pueden verse controvertidos principios constitucionales fundamentales, cuya existencia remarca la existencia misma del Estado.

Contenido

Resumen	1
Introducción	6
Capítulo 1	8
1.1. Introducción. La integración económica	8
1.2. El Derecho de la integración económica	16
1.3. Integración del tipo comunitario: La Comunidad Andina.....	19
1.4. La armonización normativa en la integración comunitaria andina.....	35
Capítulo 2	56
Problemas jurídicos relevantes que presenta la armonización normativa en los procesos de integración.....	56
2.1. Crítica a los procesos de integración. La globalización se enfrenta con el constitucionalismo.....	56
2.2. Constitución e integración.....	64
2.3. El problema de la soberanía de los Estados frente a la armonización normativa.....	72
2.4. El problema de la separación de poderes frente a la armonización normativa.....	77
2.5. El problema de la legalidad frente a la armonización normativa	81
2.6. El problema de la legitimidad democrática frente a la armonización normativa	90
2.7. El problema de la protección de los derechos fundamentales frente a la armonización normativa.....	96
Bibliografía	102

Introducción

Los procesos de integración económica entre Estados que buscan el desarrollo para sus pueblos, van más allá de la simple cooperación internacional. Su dinámica busca la eliminación de barreras y obstáculos al comercio y procuran la adopción de mecanismos para llegar a la libre circulación de los factores de producción. Todos los esfuerzos integracionistas en Latinoamérica, y más de los llamados del tipo comunitario, se han trazado estos objetivos con mayor o menor éxito. En este sentido, el instrumento con el que se deben construir estos procesos tiene naturaleza jurídica. Así, el Derecho Comunitario, variable del Derecho de Integración, será el “vehículo” con el que estos procesos llegarán a sus objetivos.

Como características propias y diferenciadoras de este nuevo ordenamiento jurídico comunitario andino, tanto en la normativa de derecho comunitario originario, contenido en los tratados fundacionales que dan nacimiento a la comunidad, como en la normativa de derecho comunitario derivado, producido por los órganos e instituciones creados en virtud de los tratados fundacionales, están los principios privativos propios que son: primacía, aplicabilidad inmediata o directa y efecto directo.

Como es de suponer, este nuevo planteamiento jurídico trae no pocas dificultades a la interna de los países, al enfrentarse con conceptos tales como la supremacía constitucional o la soberanía de los Estados. Tratar de encontrar la respuesta a estos planteamientos en la dinámica del derecho interno, de por sí, constituye suficiente justificación para involucrarse en una investigación. Y de hecho habrá que plantearse esto, pero la propuesta radica en hacerlo desde un concepto propio del Derecho Comunitario: la

armonización tributaria. Debemos, entonces, empezar por plantear la cuestión básica y fundamental de llegar al concepto y a una definición utilitaria de la armonización en los procesos de integración. Esto lo hacemos en el primer capítulo de este trabajo, parte que viene precedida de una introducción que nos ubique en los procesos de integración; en el ordenamiento jurídico instituido para su regulación; y, en el Derecho Comunitario Andino, lo que nos permitirá tener el marco referencial en donde recae este instrumento del derecho derivado.

En el segundo capítulo, teniendo ya la referencia teórica de la armonización tributaria, enfrentaremos los problemas constitucionales que suscita en los ordenamientos internos de los Estados miembros, lo que nos llevará a plantear la discusión entre la globalización y el Derecho, en una primera parte; luego veremos cómo las cartas constitucionales se abren a los procesos de integración; y cómo éstos pueden controvertir aquellas cláusulas fundamentales que se tienen como intocables en el constitucionalismo contemporáneo.

Las conclusiones de esta investigación están integradas en el texto mismo de los capítulos, debiéndose anticipar que la misma no pretende sino un inicio en el debate sobre estas temáticas.

Capítulo 1

La armonización normativa en los procesos de integración del tipo comunitario

Este capítulo busca, en primer lugar, posicionarnos en el alcance que tienen los procesos de integración y, particularmente, los llamados del tipo comunitario; adicionalmente, pretende tener un acercamiento al Derecho Comunitario Andino, a los órganos creados en este proceso con competencias normativas; y, finalmente, definir el concepto y la naturaleza de la armonización legislativa a partir de la materia tributaria, como herramienta emanada de esos órganos comunitarios con el fin de llegar a los objetivos trazados por los Estados suscriptores de los tratados fundacionales. Esto nos servirá para abordar el análisis del Capítulo 2.

1.1. Introducción. La integración económica

Integrar, según las definiciones de la Real Academia de la Lengua, significa, respecto a las partes, constituir las en un todo o completarlo con las partes que faltaban; o hacer que alguien o algo pase a formar parte de una integralidad. Integrar, entonces, es “aunar, fusionar dos o más conceptos, corrientes, etc., divergentes entre sí, en una sola que las sintetice”.¹ Quienes han abordado desde la academia el derecho de los procesos de integración han tomado las acepciones anotadas², indistintamente bien sea para un discurso

¹Página web Real Academia Española, Derechos Reservados RAE. Tomado de http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=integrar (visitado el 15 de junio de 2011).

² Karl Deutsch, *El análisis de las relaciones internacionales*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1970. Alberto Zelada Castedo en “*Derecho de la Integración Económica Regional*” Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p.1-, sostiene, en el mismo sentido que “integrar significa generalmente constituir un todo con las partes, es decir, transformar unidades previamente separadas en componentes de un sistema coherente”.

sociológico, uno político o, en fin, uno económico; y, para el análisis que nos interesa, circunscriben el concepto dentro de la sociología política, para describir los “[...] procesos de complementación entre dos o más Estados –en una o en varias áreas de sus relaciones– para formar un conglomerado mayor, en busca de resultados de conveniencia recíproca.”³

En este sentido, la integración viene a ser entendida dentro de un contexto de relaciones internacionales, por lo que será una de las formas de interacción de los actores que forman parte del sistema internacional, “basada en el impulso originado en el desarrollo inherente de éstos [los actores] y orientado históricamente hacia la formación progresiva de una verdadera sociedad internacional.”⁴

Ramón Tamames y Begoña G. Huerta señalan, anotando la importancia que implica la integración en el mundo actual, que es evidente que los países, salvo contadas excepciones, viven procesos de integración con mayor o menor grado de perfeccionamiento. En este sentido, anotan que la integración económica, particularmente, se trata de un proceso, por el que “[...] dos o más mercados nacionales previamente separados y de dimensiones unitarias estimadas poco adecuadas se unen para formar un solo mercado (mercado común) de una dimensión más idónea”⁵.

En este mismo sentido, Fernando Gamboa Serazzi y Macarena Fernández Undurraga sostienen que “[e]n el caso de la integración económica es una integración

³ Lautaro Ríos Álvarez, “Globalización, integración y Derecho Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2003*, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 9na. Edición, Montevideo, 2003, p. 469.

⁴ Alberto Zelada C., *Derecho de la Integración Económica Regional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p. 1.

⁵ Ramón Tamames y Begoña G. Huerta, *Estructura económica internacional*, Alianza Editorial, 19na. Edición, Madrid, 1999, p. 208.

parcial y se trata, esencialmente, de hacer de varios mercados un solo mercado, de hacer de varias economías una sola economía.”⁶

Alberto Zelada pone como fundamento del proceso de integración las ideas de interacción e interdependencia y anuncia que para que se tengan como fehacientes de una integración efectiva, el fin debe estar orientado a lograr un mejor bienestar, en lo económico y una mayor seguridad en lo político.⁷

Zelada determina que otro de los elementos a tener en cuenta en la construcción del concepto de integración regional debe ser el prescindir de procesos fundados en la fuerza, teniendo como válida únicamente la integración consensuada, en la que las decisiones basadas en la voluntad de los actores son las que construyen el edificio integracionista; de manera que el autor en referencia dice que:

Al considerar como genuinos procesos de integración únicamente a los que se basan en el consenso de los actores participantes y no a los que provienen del ejercicio de la violencia o la fuerza se afirma, implícitamente, que aquellos están fundados en un sistema de normas de derecho. Por consiguiente, la integración por la fuerza sería un proceso desprovisto de juridicidad, o un proceso que aunque dotado de cierta legalidad formal, carece, en cambio, de legitimidad.⁸

También Calogero Pizzolo⁹ hace mención a la integración de los espacios sociales mediante la anexión forzada de territorios, como muestra de integración regional y coloca al Imperio Romano como ejemplo paradigmático de la Antigüedad. En la misma línea argumentativa de Zelada, remarca la necesidad de que exista una vocación integradora y una *racionalidad* de la acción comunitaria, donde la presencia del Derecho domine el espacio de integración, lo que implica que la violencia y la fuerza no hacen parte de los

⁶Fernando Gamboa Serazzi y Macarena Fernández Undurraga, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 693.

⁷Alberto Zelada C., *Derecho de la Integración Económica Regional*, Op. cit., p. 2.

⁸*Ibidem.*, p. 3.

⁹Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 61.

procesos de integración que se quiere analizar en este trabajo. Esto nos da luces de que los procesos de integración están revestidos de una legitimidad basada en normas jurídicas, lo que implica, en primer término, que su análisis y las de sus instituciones, estarán en el plano jurídico; y, de igual manera, sus cuestionamientos y críticas, también deberán ser abordadas en el plano del Derecho.

Cuando se habla de procesos de integración inmediatamente se recurre al concepto económico para conceptualizarlos. No es posible divorciar las ideas de integración de los objetivos de desarrollo económico; han sido éstos los detonantes de la voluntad de los actores internacionales para buscar esa unión de esfuerzos, aunque matizado con los ideales de no repetir conflictos bélicos devastadores que desafortunadamente sucedieron en la historia reciente; y, en estrecha relación, bajo la idea keynesiana de resaltar la importancia de reorganizar la economía con el fin de evitar guerras futuras¹⁰. En este sentido, la integración, como acción deliberada o política, constituye uno de los instrumentos de la política internacional encaminada a objetivos que busquen el mantenimiento de la paz y la seguridad, ya que en base a la cooperación se elimina el conflicto¹¹. A esto habrá que añadir que esta idea de la integración como mecanismo de política internacional tiene su fundamento ideológico en las ideas clásicas de que la economía se desarrollará a partir de la dinámica de los mercados en la que los Estados brinden la suficiente apertura y garantía para su adecuado funcionamiento.

¹⁰ Cuando los líderes mundiales en la Segunda Guerra Mundial se reunían para prevenir las consecuencias del conflicto cuando éste acabase, se llegó a conclusiones concordantes entre el presidente norteamericano Roosevelt y el Primer Ministro Británico, y con Keynes desde su teoría de economía política, quienes creían que las dolencias económicas, como la inflación o el desempleo, habían conducido al fascismo y habían debilitado las democracias. “Asimismo, estaban convencidos de que la disolución del sistema económico global anterior a la Primera Guerra Mundial –cuando cada país había intentado aislarse para mantenerse al margen de la crisis económica general-, y el consiguiente declive en el comercio mundial, habían contribuido a la guerra. Sylvia Nasar, *La Gran Búsqueda. Una historia de la economía*, Debate, Barcelona, 2012, p. 431.

¹¹ Recordemos que la Comunidades Económica del Carbón y del Acero, antecedente primigenio de la actual Unión Europea, buscaba regular la producción y el comercio de estas materias primas utilizadas en la fabricación de armamento.

Además, los razonamientos para defender los procesos de integración económica van desde el aprovechamiento de economías de escala, la intensificación de la competencia dentro del nuevo mercado ampliado, la atenuación de los problemas de balanza de pagos por el ahorro de divisas convertibles, la posibilidad de desarrollar actividades difíciles de llevar a cabo por los países de manera individualizada, el aumento de poder de negociación frente a terceros países o frente a otros procesos de integración, hasta la aceleración del desarrollo económico¹². Como puede verse, en definitiva, el gran objetivo que persiguen los procesos de integración puede englobarse en alcanzar el desarrollo de las economías y así redundar en el bienestar de la población, desde una mirada librecambista clásica, que no siempre tuvo en cuenta otros parámetros distintos a los económicos.

Es incuestionable que los procesos de integración se originan como una solución a los problemas económicos, para alcanzar modelos de desarrollo ideales; pero no es posible desatender que en estados superiores de avances del proceso integracionista, la dimensión política cobra mayor presencia, con el consecuente fenómeno social, caracterizado por una transnacionalización en las relaciones internacionales contemporáneas, en la que los grupos sociales, empresas, organizaciones empresariales y profesionales o de la sociedad civil interactúan cada vez en mayor medida, trascendiendo las fronteras nacionales y que está directamente ligada a la dimensión económica de la integración.¹³

Los intercambios comerciales, desde el establecimiento de fronteras, se vieron limitados tanto por la complejidad de la dinámica económica (monedas distintas, transportación, etc.), como por las medidas de proteccionismo instituidas por los Estados en un momento histórico determinado. La integración -a pesar de que no se puede negar

¹²Ramón Tamames y Begoña G. Huerta, Op. cit. p. 213.

¹³Alberto Zelada, Op. cit., p. 13.

una causal de su origen en la búsqueda de la *paz perpetua kantiana*¹⁴, como queda dicho-, tiene claros intereses apostados en la temática económica¹⁵ y va a buscar la eliminación de aquellas barreras que interfieren en el libre comercio entre economías. Aquí es donde se engarza el tema principal de esta investigación, ya que uno de los mecanismos utilizados para esta eliminación de barreras será el acercamiento de ordenamientos jurídicos de los estados partes que forman el bloque de integración.

La integración económica puede revestir diversas formas, pero habrá que distinguirla de la cooperación económica, de la manera en que lo hace Zelada, quien afirma que la cooperación económica trata de reducir barreras, mientras que con la integración económica se busca la supresión absoluta de aquellas, de manera que se llegue al establecimiento de un mercado único.¹⁶ En este sentido, en virtud de la integración económica, dos o más mercados nacionales de dimensiones unitarias poco adecuadas se unen para formar un solo mercado común de una dimensión más idónea. Bajo esta dinámica, los sujetos son los Estados soberanos que, en forma voluntaria y deliberada, deciden emprender el proceso integracionista que, su vez, su desarrollo está pensado en etapas graduales, cada vez más profundas y dispersas, caracterizadas, por tanto, por ser progresivas y convergentes. Esta integración inicia con acercamientos económicos y puede, dependiendo la voluntad, el alcance y la velocidad que quieran darle los Estados, abarcar e incluir temáticas sociales, culturales, jurídicas y hasta políticas.¹⁷ Nótese cómo en un punto de la discusión sobre estos procesos, se va a transitar del tema puramente económico a otros sectores con un mayor grado de complejidad, Sin embargo, los

¹⁴ Ver en este sentido: Francisco Rubio Llorente, "La integración Supranacional", en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (directores), *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV-Editorial Civitas S.A., 1997. pp. 719 y ss.

¹⁵ César Montaña Galarza nos recuerda que el motor de la integración siempre ha sido lo económico, "comprendiéndose allí, dice el autor, los intercambios masivos y en expansión de bienes y servicios". César Montaña Galarza, "Constitución del Ecuador e Integración Andina", sin datos de publicación.

¹⁶ Alberto Zelada C., "*Derecho de la ...*", Op. cit. p. 6.

¹⁷ Fernando Gamboa Serazzi y Macarena Fernández Undurraga, Op. cit., p. 697.

esquemas económicos son los que van a primar y, en definitiva, serán los que provoquen las críticas y cuestionamientos, en cambio, desde un plano jurídico.

Como características de esta integración económica es posible señalar que: i. es un proceso y una situación; ii. atañe a las relaciones económicas entre los Estados y a las transacciones, a través de las fronteras estatales, entre otros agentes estatales; iii. consiste en la eliminación de restricciones y discriminaciones a las transacciones económicas; y, iv. afecta la asignación de recursos para la producción, la localización de actividades productivas y la división del trabajo entre las unidades que se integran.

Entonces, las formas que puede conllevar la integración económica, según dijéramos en líneas superiores, que integrarían las economías de los sujetos actores del proceso, pueden comprender las siguientes:

1. El sistema arancelario preferencial;
2. La zona de libre cambio;
3. La unión aduanera;
4. El mercado común;
5. La unión económica; y,
6. La integración económica completa.¹⁸

El sistema arancelario preferencial “está compuesto por un grupo de países que gravan los productos importados de uno de los países componentes del grupo con tarifas inferiores a las que gravan los productos importados del mundo”. La zona de libre cambio o de libre comercio lo forman un grupo de países que “no tienen un arancel común frente

¹⁸Alberto Zelada, Op. cit., p. 6.

al resto del mundo”. La unión aduanera es “la que mantiene comercio libre entre los países miembros y que, además, cuenta con un arancel exterior común”. El mercado común “es una unión aduanera que adopta medidas adicionales para garantizar el libre movimiento de los factores de producción entre los países miembros”. La unión económica “es un mercado común con determinadas medidas encaminadas a mantener una política común en cuestiones monetarias, fiscales y otros aspectos de la política oficial”. Finalmente, la integración económica completa “supone una política económica para todos los países participantes”.¹⁹

De estas definiciones se puede resaltar que se trata de procesos progresivos, en los que para dar el siguiente paso, se requiere haber alcanzado el anterior de forma plena; adicionalmente, como el propio autor que seguimos en esta parte menciona, se trata de avanzar de procesos simples a otros más complejos. A manera de corolario, Zelada establece lo siguiente:

Resumiendo lo expuesto, se puede concluir que la integración económica se singulariza por los siguientes rasgos: a) es un proceso y una situación; b) atañe a las relaciones económicas entre los Estados y a las transacciones, a través de las fronteras estatales, entre otros agentes económicos; c) consiste en la eliminación de restricciones y discriminaciones a las transacciones económicas; y d) afecta la asignación de recursos para la producción, la localización de las actividades productivas y la división del trabajo entre las unidades que se integran.”²⁰

De lo citado deviene un comentario final: la integración se abordará preferentemente desde su dinámica económica; y, además, en una línea de definición de economía política, desde un liberalismo clásico, donde la dinámica de mercado es la llamada a sostener ese proceso.

¹⁹*Ibid.*. Alberto Zelada toma estos conceptos de Richard Lipsey, “Integración internacional: uniones económicas”, en *Enciclopedia Internacional de la Ciencias Sociales*, T. 6, Madrid, Ed. Aguilar, 1979.

²⁰*Ibid.*, p. 9

1.2. El Derecho de la integración económica

Vimos que Zelada, como estudioso del Derecho Internacional Económico, sitúa a la integración en el plano del sistema internacional. Pizzolo también subraya la idea de un *orden jurídico internacional* del que la integración, como proceso jurídico y político, obtiene su génesis. Para este autor, el Derecho Internacional constituye la *matriz normativa originaria instituyente*²¹ de todo el orden jurídico internacional, del que, como variante, aparece el Derecho Comunitario²². Dice este autor que el Derecho Internacional *general* ha sufrido una evolución histórica que ha devenido en nuevas variantes, una de ellas, como queda dicho, es el Derecho Comunitario, pero no la única; evolución motivada en la insuficiencia del modelo originario, verificada después de la Segunda Guerra Mundial. Característico de esta evolución o *revolución jurídica*, en palabras de Sorensen²³, será la creación por los Estados de nuevos instrumentos para relacionarse entre sí²⁴.

Hasta que el modelo de integración europeo hizo su aparición –lo que produjo un verdadero replanteamiento de las formas de estructurar las relaciones entre Estados, ya que no se trataba ni de una federación ni de una alianza ni tampoco de una confederación típica-, el Derecho Internacional Público había sido suficiente para la regulación de las

²¹ Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*, Op. cit., p. 63.

²² La distinción entre Derecho de la Integración y Derecho Comunitario puede estar dada en que el primero regulará las relaciones en cuanto procesos de integración, básicamente de naturaleza económica, que no difieren demasiado de las tradicionales relaciones jurídicas de coordinación entre los Estados; mientras que el segundo ordenamiento aparecerá cuando esta integración ha avanzado a estadios superiores que implican una interacción e interdependencia incluso política, y tiene unas caracterizaciones especiales en su naturaleza; es decir, cuando ya se ha formado la *comunidad* y requiere de una regulación jurídica especial. La mención a esta sui generis rama jurídica se dio para definir el conjunto de normas y principios jurídicos que empezaban a regular a las comunidades económicas europeas. El Derecho de Integración, en el sentido señalado, sería más amplio que el Comunitario, porque regulará cualquier tipo de integración; mientras que el que nos interesa, buscará la regulación del proceso de integración del tipo comunitario. En esta misma línea argumentativa, la noción de Derecho de la Integración es preferida en el ámbito regional latinoamericano, mientras que la denominación de Derecho Comunitario, por su propia elaboración doctrinaria, es utilizado con mayor peso en Europa. Pizzolo, además elaboró la distinción de los procesos de integración del tipo comunitario, idea que se sigue en el presente trabajo.

²³ Max Sorensen, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 95, citado por Calogero Pizzolo, *Globalización y....* Op cit., p. 62.

²⁴ Pablo Pérez Tremps, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Cuaderno de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1994, pp. 21 y ss.

relaciones internacionales. Es a partir del desarrollo ulterior de los procesos integracionistas inaugurados con la suscripción de tratados internacionales en Europa, que los doctrinantes y tratadistas empiezan a sentir la necesidad de construir una nueva rama jurídica que supere las limitaciones del *viejo* Derecho Internacional que resultaba limitado ante la dinámica del nuevo orden económico y social en formación. Es así que surge el Derecho de la Integración como un *ordenamiento jurídico sui generis* que al decir de Zelada “es el conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre dos o más países”²⁵.

Esta necesidad de una nueva rama jurídica, distinta al Derecho Internacional Público, evidenciada a partir de la suscripción de los Tratados de París y Roma que dan origen a la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de Energía Atómica, impulsa, asimismo, la diferenciación de las finalidades y del ámbito material, evidentemente más amplios que las de su matriz original. Así mismo, servirán para diferenciar el nuevo orden jurídico del Derecho Internacional, las peculiaridades en cuanto a las reglas para su posterior desarrollo, las características de las estructuras institucionales que se establecen y los efectos en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros del proceso de integración.

Ha quedado señalado que los objetivos que persigue un proceso de integración tiene su fundamento en el desarrollo económico. Ligado a esto deberá entenderse los objetivos del ordenamiento jurídico que regula el proceso. Es decir, que si lo que se busca es alcanzar objetivos integracionistas, el Derecho de Integración deberá propender que sus regulaciones se encaminen al planteamiento y posterior cumplimiento de obligaciones en este sentido por parte de los sujetos protagonistas de esta dinámica. En relación directa con

²⁵Alberto Zelada C., “*Derecho de la ...*”, Op. cit. p. 19.

esto se encuentra el ámbito material de aplicación, contentivo de temáticas tan variadas y complejas cuanto variado y complejo sea el proceso que se plantee. Igualmente, el desarrollo de reglas a partir de los tratados internacionales que originan la integración será distinto a lo que tradicionalmente ofrecía el Derecho Internacional; se adquirirá una dinámica propia que lleve a realizar los esfuerzos necesarios y suficientes para desarrollar las atribuciones y objetivos planteados. Esto nos lleva a señalar que las instituciones que se establecen no tendrán una naturaleza similar a las organizaciones de coordinación y cooperación arquetípicas de las relaciones internacionales tradicionales, porque aquellas estarán marcadas por la asunción de competencias y atribuciones transferidas desde los Estados suscriptores de los tratados fundacionales, hecho que revolucionará los esquemas tradicionales de la soberanía estatal. Si a esto le sumamos el último aspecto, el del relacionamiento de este derecho nuevo con los ordenamientos nacionales internos –que deberán ceder su prevalencia en beneficio de las normas integracionistas-, podremos decir que el Derecho Internacional Público se vio superado por el Derecho de la Integración.

Para dotar de contenido material a los ordenamientos jurídicos de los procesos de integración económica, recurrimos nuevamente a Alberto Zelada quien señala que en estos están contenidas normas convencionales o de Derecho Internacional, así como normas emanadas por los propios órganos creados en los respectivos sistemas institucionales. En este sentido afirma que

[l]a base de dichos ordenamientos se encuentra en un tratado internacional, cuyos requisitos formales están regulados por el Derecho Internacional, el cual, además, brinda criterios para la aplicación e interpretación de aquél. Las normas contenidas en este tratado, así como en otros instrumentos equivalentes, complementarios o modificatorios, constituyen el denominado “derecho originario”. Las resultantes de los actos pertinentes de las instituciones del esquema de integración integran el denominado “derecho derivado”.²⁶

²⁶*Ibid.*, p. 22.

Zelada, además, complementa su planteamiento señalando que las normas originarias van a enunciar y definir “una determinada forma de integración económica como finalidad básica de las acciones a ser emprendidas por los Estados participantes”; es decir, el alcance de lo que sus fundadores quieren darle al proceso de integración. Así mismo, los tratados constitutivos van a enunciar y definir los objetivos e instrumentos del programa de integración. También, tanto el derecho originario como el derivado van a contener disposiciones que regulen el comportamiento de los Estados parte en cuanto a sus obligaciones principalmente; y, las regulaciones orgánicas y reglamentarias para el funcionamiento de las instituciones constituidas dentro del proceso de integración.²⁷

Entonces, al contener normas constitutivas, dispositivas y reglamentarias relacionadas entre sí de manera coherente y orgánica, el Derecho de Integración es un “verdadero orden jurídico”; que además es autosuficiente al contener en sí mismo todos los elementos para su desarrollo, interpretación y aplicación.²⁸

Todo este desarrollo doctrinario, como queda explicado surge a partir del apareamiento de las comunidades económicas europeas. En nuestra región han aparecido, con distinto grado de avance, procesos de integración basados en el modelo del Viejo Continente, entre éstos, está el Acuerdo Subregional Andino que será analizado como un tipo especial de proceso de integración, el del tipo comunitario, según lo conceptualizara Calogero Pizzolo.

1.3. Integración del tipo comunitario: La Comunidad Andina

²⁷*Ibid.*, p. 23.

²⁸*Ibid.*, p. 24.

La Comunidad Andina, que tuviera su nacimiento con la suscripción del Acuerdo de Integración Subregional o Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969 por parte de Bolivia Colombia, Chile, Ecuador y Perú²⁹, con el nombre de Pacto Andino, ha querido engendrar un modelo de integración llamado comunitario, siguiendo el modelo de las comunidades europeas. Siendo en primer término un organismo internacional de integración, al tomar características particulares, la actual Comunidad Andina, se ha apartado de los simples procesos de integración económica, que para efectos de esta investigación podrían llamarse *comunes*, asumiendo conceptos e instituciones jurídicas que, de manera paradigmática, han sido construidas a partir de la propia dinámica integracionista. Estos conceptos e instituciones forman lo que se llama Derecho Comunitario y son los que le otorgan, entonces, la particularidad a este tipo de integración.

La Comunidad Andina nació de la voluntad política de los Estados “decididos a alcanzar tales fines [igualdad, justicia, paz solidaridad y democracia] mediante la conformación de un sistema de integración y cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países”³⁰; persiguiendo, en un inicio, objetivos netamente económicos, pero que, sin embargo, alcanza un matiz distintivo, propio, construido a partir de la dinámica de su desarrollo y que ha sido fundamentada desde la práctica jurisprudencial.

Como ha quedado señalado, el origen jurídico de los procesos de integración, y dentro de este género, los de tipo comunitario como el de la Comunidad Andina, está en el Derecho Internacional Público. Esto, se entiende, debido a dos puntos fundamentales: el

²⁹ Este Acuerdo de Integración Subregional fue considerado al principio como un desarrollo del Tratado de Montevideo de 1960 que estableció la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC; incluso, en un inicio, se adoptó como mecanismo de solución de controversias los procedimientos establecidos en el Protocolo correspondiente de esta organización. Ver Galo Pico Mantilla, *Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2da. Edición, Quito, 1992, pp. 17 y ss. Chile abandonaría el grupo siendo actualmente miembro observador. Venezuela ya no forma parte de la Comunidad.

³⁰ Preámbulo del Acuerdo de Cartagena.

primero, que se trata de relaciones entre sujetos de Derecho Internacional; y, el segundo, que los procesos de integración se instituyen a través de tratados o convenios de naturaleza internacional, es decir, verificados a través de la dinámica del ordenamiento jurídico internacional. Una vez que ya se tiene configurado el diseño estructural del proceso de integración, lo que corresponde naturalmente es instrumentarlo a partir de estos tratados internacionales fundacionales en los que se plasmen los compromisos, obligaciones y facultades, tanto de los Estados miembros como de los órganos que se originan. Y todo este conjunto normativo constituirá el llamado Derecho Comunitario, “vehículo” que permitirá la consecución de los objetivos que la integración así inaugurada se ha planteado³¹. Aquí aparece remarcada la idea de que los procesos de integración aunque son fenómenos inspirados en la dinámica económica, buscan su desarrollo en el mundo jurídico, lo que implicará discusiones que trasciendan el puramente económico para recaer en el ámbito jurídico.

1.3.1. El Sistema Andino de Integración

Queda dicho que la Comunidad Andina es un ejemplo de integración del tipo comunitario. En tal virtud, siguiendo el modelo europeo, los Estados miembros han generado, por una parte, la estructura institucional, que con la suscripción del Protocolo de Trujillo que entró en vigencia el 3 de junio de 1997, reformatorio al Acuerdo de Cartagena, se ha buscado su fortalecimiento. En virtud de este tratado modificatorio se crea el Sistema Andino de Integración; se produce el nacimiento de la Comunidad Andina, conformada por los Estados miembros y por los órganos e instituciones de dicho sistema; además, la

³¹ “Como se ve, la ciencia jurídica servirá de vehículo para lograr los objetivos comunes mediatos e inmediatos que se han propuesto alcanzar los países que se integran, esto es, lograr un desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, cohesión política, aumento en el nivel de vida de los pueblos, crecimiento del comercio, crecimiento económico y generación de ocupación, justicia a nivel internacional”. César Montaña Galarza, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, en Revista Foro, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 204-205.

Junta del Acuerdo de Cartagena es reemplazada por la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, se institucionaliza “la debida y armónica colaboración entre los diferentes órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración”³². Estos órganos e instituciones, que forman el Sistema Andino de Integración, están constituidos para el cumplimiento de los objetivos que persigue el proceso andino de integración. La mención que se hace de esta estructura busca solamente ubicar, para nuestro análisis, los principales órganos con competencias normativas y sus atribuciones dentro del Derecho Comunitario andino. Los órganos del Sistema son:

- a) El Consejo Presidencial Andino;
- b) El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) La Comisión de Plenipotenciarios de la Comunidad Andina;
- d) La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- e) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y,
- f) El Parlamento Andino.

En atención a los objetivos de este trabajo, reviste para el análisis propuesto mayor importancia el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de Plenipotenciarios y la Secretaría General de la Comunidad Andina, como órganos con atribuciones normativas vinculantes jurídicamente; y, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como órgano jurisdiccional con funciones de control de normas comunitarias.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, en calidad de titulares y quienes gozan de plenipotencia permanente ante el Consejo para

³²Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Baker & McKenzie, 1ra. edición, Bogotá, 2002., p. 63.

comprometer al Estado; es el órgano de dirección política encargado de asegurar la consecución de los objetivos del proceso de integración subregional andina y de formular y ejecutar la política exterior de la Comunidad Andina.³³ Entre sus funciones principales, además de ser el inmediato responsable de hacer cumplir las directrices del Consejo Presidencial Andino, es el órgano encargado de la política exterior de la Comunidad Andina; de la formulación, ejecución y evaluación en coordinación con la Comisión la política general del proceso de integración; además, podrá suscribir convenios y acuerdos con terceros países o grupo de países o con organismos internacionales, sobre temas globales de política exterior y de cooperación; y debe coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros o negociaciones internacionales, en el ámbito de su competencia.³⁴

Este Consejo se expresa mediante Declaraciones y Decisiones. Las primeras, según el Acuerdo de Cartagena y la Decisión 407, son manifestaciones de voluntad de carácter no vinculante; por el contrario, las Decisiones, que el Consejo las adopta por consenso, sí forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es decir tienen un carácter jurídico vinculante, regidas por lo establecido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Por su parte, la Comisión de Plenipotenciarios de la Comunidad Andina es el órgano encargado de adoptar las Decisiones que permitan el avance del proceso de integración, con énfasis en los asuntos comerciales y técnicos del comercio exterior. Está compuesto por un representante titular plenipotenciario de cada uno de los Gobiernos de los Países Miembros, más un alterno. Entre las funciones primordiales de esta Comisión están las de formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en

³³ Art. 1, Decisión 407, "Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores".

³⁴ Art. 16, Acuerdo de Cartagena.

materia de comercio e inversiones; y, adoptar las medidas necesarias para el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena.³⁵

La Comisión emite Decisiones que, como normas jurídicas vinculantes, forman parte del ordenamiento jurídico andino. Las adopta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, salvo las excepciones dispuestas en el Acuerdo de Cartagena.³⁶

La Secretaría General de la Comunidad Andina es un órgano permanente del Sistema Andino de Integración, con sede en la ciudad de Lima y desde su creación con el Protocolo de Trujillo reemplazó a la Junta del Acuerdo de Cartagena asumiendo funciones adicionales. Está dirigida por un Secretario General quien se apoya en los Directores Generales. Por definición es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y le corresponde otorgar apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.³⁷ Además de “[v]elar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”³⁸, va a administrar el proceso de la integración subregional andina, de resolver los asuntos sometidos a su consideración; y, a vigilar el cumplimiento de los compromisos comunitarios; en el ámbito de las competencias normativas, la Secretaría General tiene capacidad para presentar iniciativas y propuestas de decisión.³⁹

En ejercicio de sus funciones, este órgano comunitario expide resoluciones que son actos administrativos que forman parte del ordenamiento jurídico andino, con carácter vinculante.

³⁵ Art. 22 del Acuerdo de Cartagena; Art. 11 de la Decisión 471.

³⁶ Art. 26 del Acuerdo de Cartagena; Art. 24 y siguientes de la Decisión 471.

³⁷ Art. 29 del Acuerdo de Cartagena.

³⁸ Art. 30 del Acuerdo de Cartagena.

³⁹ Art. 1 de la Decisión 409.

Como órgano de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia está regulado por su Tratado de Creación, por sus protocolos modificatorios y por el propio Acuerdo de Cartagena. En virtud del Acuerdo de Cartagena y de la Decisión 500, el Tribunal de Justicia “es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario”, instituido “para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros”. Ejerce sus atribuciones “salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.⁴⁰

Actualmente está integrado por cuatro miembros, uno para cada País Miembro que aun pertenece a la Comunidad Andina. Gozando de alta consideración moral y reuniendo las condiciones requeridas en cada país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia, los candidatos son elegidos por los ministros plenipotenciarios por convocatoria efectuada por el gobierno del Ecuador cuando se presente alguna falta definitiva en el Tribunal. Su sede permanente está en la ciudad de Quito.

El Tribunal de Justicia es competente para conocer la acción de nulidad⁴¹, la acción de incumplimiento⁴², la interpretación prejudicial facultativa, la interpretación prejudicial obligatoria⁴³, el recurso por omisión o inactividad⁴⁴, la acción laboral⁴⁵, y puede ejercer funciones arbitrales⁴⁶.

Como puede observarse, la conformación de los órganos comunitarios que ostentan las competencias normativas vinculantes, es decir, los que crean normas jurídicas que

⁴⁰Arts. 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena; Art. 4 de la Decisión 500.

⁴¹Arts. 17 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

⁴²Arts. 23 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

⁴³Arts. 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

⁴⁴Arts. 37 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

⁴⁵Arts. 40 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

⁴⁶Arts. 38 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

obligan a los sujetos dentro de la integración subregional, está dominada por los ejecutivos de los Estados miembros. Esto va a conducir a la discusión que se aborda en el siguiente capítulo. Sin embargo, desde ya se deja señalado que las principales determinaciones que se toman en la Comunidad Andina prescinden de las otras funciones de los Estados, lo que controvierte la legitimidad de estas decisiones.

1.3.2. El Derecho Comunitario Andino

El ordenamiento jurídico andino, como se ha señalado, tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos Modificatorios. Si a estos instrumentos jurídicos internacionales que dan vida al proceso de integración comunitario andino les sumamos el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos modificatorios y otros instrumentos internacionales adicionales, estaremos frente a lo que el Tribunal Andino de Justicia ha denominado derecho primario u originario, a cuyas normas deben someterse las restantes que conforman todo el ordenamiento; es decir, las conformadas por las decisiones, las resoluciones y los convenios de complementación en el sector industrial, que reciben el nombre de derecho secundario o derivado.⁴⁷ Como se ha señalado, las Decisiones son normas jurídicas vinculantes emanadas tanto del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como de la Comisión, y que obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas⁴⁸; y, las Resoluciones son dictadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁴⁷Marcel Tangarife, Op. cit. p. 175.

⁴⁸Art. 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Galo Pico Mantilla ha sostenido que “[d]e esta manera la “expresión de su voluntad” que se produce mediante Decisiones, ha de seguir entendiéndose como el legítimo ejercicio de una potestad indelegable para regular el proceso de integración con valor uniforme y vinculante para los cinco países del Acuerdo, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. La norma legislativa de la Comisión expedida por sus integrantes en ejercicio conjunto de la competencia asignada por estos países a través del Acuerdo, significaría la ley subregional o ley andina destinada a regular los tema de la integración, en forma independientes de la ley nacional o derecho interno de cada uno de los Estados, incluso de manera preferente a ella o excluyente según otras interpretaciones”. Por otro lado afirma que “[l]a Decisión, como parte de las normas pertinentes al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, es de carácter obligatorio y de

Tanto las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, como las Resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. “Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro”.⁴⁹ Dentro de los compromisos adquiridos por los Estados miembros en los tratados fundacionales está el de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; así como están obligados a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.⁵⁰

De lo expuesto -que consta en las primeras disposiciones del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena-, la doctrina jurisprudencial ha desarrollado los principios propios y distintivos del Derecho Comunitario Andino, que en criterio de Tangarife⁵¹, permiten que las normas comunitarias puedan surtir plenos efectos y le permiten a las autoridades de los Países Miembros, de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y a los particulares, “la realización plena de los derechos

aplicación directa. En consecuencia, su valor jurídico no está sujeto a otros condicionamientos que los previstos en el propio ordenamiento.” Galo Pico Mantilla, *Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2da. ed., 1992, Quito, p. 34.

⁴⁹Art. 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La posibilidad de que se aprueben Decisiones que aparentemente no serían “directamente aplicables” porque cuando la misma Comisión así lo disponga, “requerirán de incorporación al derecho interno...” hemos de entender que no trata de desvirtuar el efecto directo del derecho andino, sino de coordinar esta disposición con la obligación que tienen los Países Miembros de velar por el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico mediante la adopción de medidas de carácter nacional -éstas sí sujetas a las normas de derecho interno de cada País Miembro-, obligación que incluye el abstenerse de cualquier acto que dificulte u obstaculice su normal aplicación. Galo Pico Mantilla, *Derecho Andino*, Op. cit., p. 34.

⁵⁰Art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁵¹ Este autor prefiere hablar de *características* del Derecho Comunitario. En esto, más bien seguimos a autores como Montaña Galarza, advirtiendo que en cuanto a contenido, no existe diferenciación alguna de esta temática.

derivados de dicho ordenamiento [jurídico andino], y la mayor claridad posible acerca de las obligaciones originadas en el mismo”⁵².

Estos principios, pretorianamente contruidos y reconocidos dentro del propio seno del proceso de integración⁵³, son: el principio de la supranacionalidad; el principio de la intangibilidad; el carácter vinculante; la prevalencia o preeminencia; la aplicabilidad directa; los efectos directos o inmediatos; y, la autonomía.

1.3.2.1. El principio de supranacionalidad del Derecho Comunitario

Los tratados fundacionales que dan vida a los procesos de integración del tipo comunitario -como el Acuerdo de Cartagena, origen jurídico normativo de la Comunidad Andina- son tratados internacionales suscritos por sujetos de Derecho Internacional. Pero definitivamente se distancian de aquellos convenios internacionales de coordinación porque, por expresa voluntad de las partes contratantes, en la creación de los órganos del sistema de integración, convienen en entregarle a éstos el ejercicio de atribuciones soberanas, hasta este momento en potestad de los Estados, para que sea la comunidad así constituida la que decida en los temas expresamente traspasados. Es aquí donde aparece una nueva institución exclusiva de esta dinámica integracionista que se ha denominado *supranacionalidad*, y que constituye, al decir de Marcel Tangarife, el fundamento del Derecho de la Integración⁵⁴.

Para Fernando Uribe Restrepo, la supranacionalidad, en los procesos de integración, “[...] tiene un alcance limitado y relativo, pero no por ello menos auténtico. Se refiere a la autonomía del nuevo ente que crean los Estados que se integran, la cual

⁵²Marcel Tangarife, Op. cit., p. 194.

⁵³ Ver el Pronunciamiento del Acuerdo de Cartagena, XXIX Período de Sesiones Ordinarias, 28 de mayo al 5 de junio de 1980. El ordenamiento jurídico andino tiene una “identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales”; y, consecuentemente, “prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros”.

⁵⁴ Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, op. cit. p. 46.

depende tanto del estatuto de la integración como de los procedimientos acordados para su expedito funcionamiento”⁵⁵. Conviene, de lo citado, recoger la idea central en este autor de que, en primera y última instancia, este fundamento central del Derecho Comunitario tiene su génesis en la propia voluntad de los Estados miembros, los que nunca se desprenden del control político y jurídico de su creación. Esto revestirá importancia en la medida en que se vean controvertidos los principios constitucionales fundamentales.

La *supranacionalidad*, a criterio de César Montaña Galarza, implica dos características fundamentales: la transferencia de una porción de la soberanía con delegación definitiva de competencias; y, la existencia de órganos e instituciones comunitarias, cuyas resoluciones y decisiones deben ser acatadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.⁵⁶

Como se puede ver, este concepto jurídico de *supranacionalidad* creado para particularizar la integración comunitaria, hace relación a dos características: la primera, aquella transferencia del ejercicio de las atribuciones soberanas desde los Estados hacia la comunidad que ya hemos mencionado; y, la segunda, que aquella comunidad que recibe las transferencias, las ejercerá a través de unos órganos creados en virtud del tratado fundacional. A decir de Francisco Rubio Llorente

[d]esde el punto de vista jurídico, la noción de supranacionalidad implica la existencia de una estructura integrada por Estados distintos que mantienen la titularidad de su soberanía, pero dotada también de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros; más precisamente, que tiene efecto directo en el territorio de los Estados y que, en caso de colisión, prevalecen sobre las normas dictadas por éstos.⁵⁷

⁵⁵Fernando Uribe Restrepo, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 50.

⁵⁶César Montaña Galarza, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, Op. cit., p. 214. No compartimos el criterio de que lo que se transfiere es la porción de soberanía, sino que es más conveniente aceptar que lo que entregan los estados a la comunidad es el ejercicio de determinadas atribuciones, lo que pone en duda la afirmación de que los estados sufren un desmedro en su soberanía, como lo sostiene Montaña; pero esto será analizado posteriormente.

⁵⁷ Francisco Rubio Llorente, “La Integración Supranacional”, op. cit. p. 719.

Esta “imposición” señalada por Rubio Llorente es solamente aparente, desde nuestro punto de vista, porque siempre los Estados mantendrán el control sobre las decisiones de estos órganos desde el plano constitucional y convencional, reflejado en las competencias limitadas cuyo ejercicio ha sido trasladado por los propios Estados a la comunidad.

El término fue acuñado desde la vertiente política para dotar a la integración europea de un cierto dinamismo que superara a las barreras internas de los Estados que se integraban. Lo que se buscó fue propinar un fuerte impacto en el medio social, es decir, para los tratadistas, se trató de un concepto jurídico-político.⁵⁸

Puede concluirse tempranamente que la *supranacionalidad* se constituye en el fundamento central para distinguir la integración comunitaria de los procesos que buscan una simple coordinación y cooperación interestatal, aun cuando todos estos tipos de integración busquen objetivos de desarrollo económico. Teniendo esto presente, lo que deviene de este fenómeno es la construcción de un ordenamiento jurídico con características también distintivas que obedezcan al modelo así estructurado. Así mismo, lo supranacional será un elemento de conflicto en el análisis que se haga respecto a las constituciones de los Estados miembros.

1.3.2.2. El principio de intangibilidad en el Derecho Comunitario

A la supranacionalidad, concepto propio del Derecho Comunitario, que a decir de Marcel Tangarife es la que le otorga mayor identidad al ordenamiento jurídico andino⁵⁹, se añade la intangibilidad que se constituye en el límite de los Estados contratantes para modificar unilateralmente las normas adoptadas por los órganos comunitarios sin caer en

⁵⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES, *Derecho de Integración Latinoamericana, Ensayo de Sistematización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969.

⁵⁹*Ibíd.* p. 194.

responsabilidad internacional. Adicionalmente, se traduce en la obligación de adoptar las medidas necesarias en el orden interno para ajustar su normativa a los compromisos adquiridos comunitariamente⁶⁰. Esto, como veremos, jugará un rol fundamental al analizar la normativa de derecho comunitario derivado que busca acercar los ordenamientos internos para alcanzar los fines que se proyectan en la integración.

1.3.2.3. El carácter vinculante del Derecho Comunitario

Se señaló arriba que los Estados, en virtud de su voluntad de suscribir los acuerdos internacionales de conformación de la comunidad, entregan a ésta el ejercicio de competencias soberanas buscando llegar a los objetivos planteados. Esta decisión, soberana sin duda, vincula a los Estados a los acuerdos y resoluciones que se tomen en la esfera de los órganos comunitarios. Es decir que por decisión propia, en ejercicio de su soberanía, se vinculan al ordenamiento comunitario que han establecido. En esta vinculación jurídica se asumen obligaciones tanto de hacer como de no hacer. El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece que

[l]os países miembros están obligados a adoptar medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Es lógico aceptar esta disposición que busca, esencialmente, garantizar la operatividad y eficiencia del Derecho Comunitario. Lo que deberá tomarse en cuenta es que este principio puede colisionar con cláusulas constitucionales que, desde la teoría constitucionalista, resultan ser invulnerables, como lo vamos a ver en el siguiente capítulo.

⁶⁰*Ibíd.* p. 201.

1.3.2.4. El principio de prevalencia o preeminencia del Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario, para resolver las antinomias jurídicas con el derecho interno de los estados miembros, recurrirá al carácter que le da prevalencia o preeminencia a sus normas y resolverá el caso concreto prevaleciendo sobre la disposición interna. No podría tener esperanzas de supervivencia si no estuviera investido de esta prevalencia o preeminencia en relación a los ordenamientos internos. Recuérdese que los Estados miembros adquieren obligaciones respecto a la comunidad para evitar que sus ordenamientos internos conspiren para la vigencia de la normativa comunitaria. Como acertadamente lo expresa César Montaña Galarza:

Esta máxima implica la prelación del derecho de la comunidad sobre el derecho nacional en caso de conflicto; es la condición existencial que allana el camino a la concepción de un sistema jurídico común a los estados miembros. En caso de conflicto, el derecho comunitario rige y se aplica con preferencia al ordenamiento interno, en aquellas materias atribuidas a la comunidad, es incondicional para todos los casos frente a este último⁶¹.

En definitiva, bajo esta característica, se hace imposible la oposición de una norma de derecho interno a otra comunitaria, ni para impedir su aplicación, ni para reformarla. El derecho interno soporta un “desplazamiento”; y aún más, el País Miembro contrae la obligación de garantizar la efectiva vigencia del ordenamiento comunitario a través de medidas efectivas en el orden interno. Sin embargo, dejamos anotado que este principio va a tener necesariamente su límite en la Norma Fundamental, que más allá de tener una prevalencia sobre todo el ordenamiento interno, tiene una verdadera supremacía sobre todo el orden jurídico nacional, incluidas, desde luego, las normas comunitarias originarias y derivadas.

1.3.2.5. El principio de aplicabilidad directa del Derecho Comunitario

⁶¹ César Montaña G., “Comentarios y ...” Op. cit., p. 218.

La aplicabilidad directa implica que la normativa comunitaria no requiere ningún procedimiento de recepción en los ordenamientos internos para ser invocada frente a cualquier instancia comunitaria, nacional e incluso frente a los ciudadanos. Como lo recuerda Montaña Galarza, “[l]os tratados que origina una comunidad crean un ordenamiento jurídico propio que está integrado en el sistema jurídico nacional de los estados participantes, desde la entrada en vigencia del tratado fundacional, y se impone a sus órganos jurisdiccionales”⁶². En tal virtud, el Derecho Comunitario es inmediatamente aplicable en el orden jurídico interno de los Estados miembros, lo que genera que el sistema jurídico de la comunidad esté integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados, sin que necesite ninguna fórmula especial de introducción, a menos que la propia norma prevea un mecanismo especial de incorporación, y los jueces nacionales quedan sometidos a su mandato.⁶³

Sin embargo, como lo veremos, habrá normas de derecho comunitario derivado que siendo obligatorias, conteniendo obligaciones para los Estados y teniendo vigencia y efecto inmediato, no siempre serán de aplicación directa. Esto, desde luego, encuentra su razonabilidad y fundamentación en principios superiores contenidos en las cartas constitucionales de los Estados miembros.

1.3.2.6. El efecto directo o inmediato del Derecho Comunitario

Cesar Montaña Galarza señala que el efecto directo, en sentido material, “se relaciona con la posibilidad de invocación de la disposición comunitaria, permite que toda persona solicite a su juez que le aplique los tratados, protocolos, decisiones, resoluciones, etc. del sistema comunitario”. En definitiva, “se trata del derecho que les asiste a las personas naturales o jurídicas, de suplicar ante su juez nacional la aplicación del

⁶²*Ibid.*, p. 221.

⁶³*Ibid.*, p. 222.

ordenamiento de la comunidad en sus relaciones de carácter jurídico con las administraciones públicas o los particulares, también a falta de norma nacional o en sustitución de ella si fuere incompatible”.⁶⁴

Creemos que este principio encuentra su razón de ser en la eficacia que se le quiere otorgar a este ordenamiento jurídico; e, igualmente, resalta el ámbito personal que tiene el Derecho Comunitario que no está limitado a los Estados y a los órganos comunitarios creados, sino que ubica con especial protagonismo a las personas naturales y jurídicas pertenecientes a los Estados miembros de la comunidad.

1.3.2.7. El principio de autonomía del Derecho Comunitario

La autonomía del Derecho Comunitario hace mención a la necesaria independencia de los órganos comunitarios frente a las autoridades de los estados contratantes para cumplir cabalmente con sus funciones, “con fundamento en reglas propias que no está condicionadas en ningún momento por lo que pueda señalar la normativa interna de cada uno de ellos”⁶⁵. Tangarife, citando al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dice que además de la prevalencia de las normas comunitarias, el carácter autónomo de este ordenamiento implica que los órganos comunitarios deban expedir la suficiente normativa secundaria a fin de compatibilizar tanto el orden interno, como los compromisos que los estados puedan tener en virtud de otros instrumentos internacionales.⁶⁶

Entonces, a través de las instituciones y organismos comunitarios y con la vigencia del Derecho Comunitario investido de las características anotadas, el proceso de integración andino buscará alcanzar los objetivos que le orientan. Veamos, ahora, uno de los caminos que utiliza la comunidad, en instancias normativas, para llegar a estos fines.

⁶⁴*Ibid.*, p. 220.

⁶⁵ Marcel Tangarife, Op., cit., p. 211.

⁶⁶*Ibid.*, p. 212.

1.4. La armonización normativa en la integración comunitaria andina

Para enfrentar la categoría jurídica de la armonización normativa, hay que reiterar la idea de que los órganos del proceso de integración comunitario deberán asegurar la expedición de suficiente normativa para acercar los ordenamientos internos con el objetivo de cumplir con los compromisos asumidos y alcanzar los objetivos trazados en el proyecto integracionista. Al respecto, César Montaña Galarza sostiene lo siguiente:

Un proceso de integración profunda o supranacional, como es el caso de la Comunidad Andina, al menos en lo tocante a su espíritu marcado en los tratados fundacionales, requiere lograr la armonización de políticas y de amplios sectores de los ordenamientos jurídicos estatales, especialmente de aquellos que permiten la consolidación del mercado comunitario mediante la eliminación de las restricciones y barreras entre Estados Miembros.⁶⁷

En esto consistiría, en principio, el objetivo de la armonización que se reflejará en los tratados fundacionales. Así, el Acuerdo de Cartagena, siendo el tratado que origina la integración comunitaria andina, establece los objetivos que se propone el proceso; estos son: el “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”. Otros objetivos planteados por el propio Acuerdo será: propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional, fortalecer la solidaridad subregional y reducir las

⁶⁷ César Montaña Galarza, “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, en José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón (editores), *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos-Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 1ª. Edición, Quito, 2012, p. 27.

diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos, en definitiva, “tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”.⁶⁸

Para alcanzar estos objetivos, los Países Miembros, según el propio Acuerdo, emplearán “la *armonización* gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes”⁶⁹ [énfasis añadido], dándole a la armonización la categoría de mecanismo o medida tendiente a ese fin. Con esto, ya se puede tener la primera idea respecto a la naturaleza de la armonización normativa: es un instrumento que permite llegar al cumplimiento de los objetivos trazados en el proceso de integración comunitaria, debido a que los Estados Miembros, por la propia dinámica de su ejercicio de soberanía, tienen barreras legislativas y políticas que impiden, en principio, la construcción del edificio integracionista. Se entiende que para emprender en procesos de integración, lo inicial será una adecuación en los órdenes internos de los Estados debido a la natural diversidad que presentan en lo político y en lo jurídico; de aquí la importancia del mecanismo de la armonización en relación estrecha con los objetivos de la integración.

El Acuerdo de Cartagena, además, le otorga al Presidente de la Comisión de la Comunidad Andina la facultad de convocar a Comisión Ampliada, a solicitud de los Países Miembros o de la Secretaría General, “con el fin de tratar asuntos de carácter sectorial, considerar normas para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los Países Miembros, así como para conocer y resolver todos los demás asuntos de interés común”⁷⁰. Por otro lado, como atribución del

⁶⁸ Art. 1 del Acuerdo de Cartagena.

⁶⁹ Art. 3, letra a), del Acuerdo de Cartagena.

⁷⁰ Art. 25 del Acuerdo de Cartagena.

Parlamento Andino está el de “promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros”⁷¹.

El Capítulo III de este Tratado fundacional, sobre *Armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo*, contiene los principios y reglas tendientes a que los Países Miembros acerquen sus legislaciones en busca de los objetivos planteados en el proceso de integración⁷². En este sentido se deberá coordinar los planes de desarrollo en sectores específicos y armonizar gradualmente sus políticas económicas y sociales, buscando llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas, que se cumplirán paralelamente a la formación del mercado subregional. En este sentido, “la armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, incluyendo el tratamiento a los capitales de la subregión o fuera de ella” y “la armonización de métodos y técnicas de planificación”, serán algunos de los mecanismos que los Países Miembros deben utilizar⁷³.

Además, como parte de las atribuciones de la Comisión de la Comunidad Andina, ésta, a propuesta de la Secretaría General, deberá establecer los procedimientos y mecanismos de carácter permanente que sean necesarios para lograr la coordinación y armonización señalada⁷⁴; y, como queda referido, lo hará a través de Decisiones jurídicamente vinculantes. En este mismo sentido

[l]a Comisión, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración subregional, así como el cumplimiento equilibrado de los mecanismos del Acuerdo, aprobará normas y definirá plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del

⁷¹ Art. 43 del Acuerdo de Cartagena. Como se verá más adelante, respecto al déficit democrático que se acusa en los órganos de la Comunidad Andina, la estructura y naturaleza del Parlamento Andino, resultará un limitante para efectos de esta promoción de la armonización legislativa.

⁷² Para Bolivia y Ecuador, por la “diferencias de desarrollo en la subregión”, se deberán establecer tratamientos diferenciales e incentivos suficientes que compensen las deficiencias estructurales respecto a los planteamientos de este capítulo. Art. 122 del Acuerdo de Cartagena.

⁷³ Art. 51 del Acuerdo de Cartagena.

⁷⁴ Art. 54 del Acuerdo de Cartagena.

comercio exterior de los Países Miembros que incidan sobre los mecanismos previstos en el presente Acuerdo para la formación del mercado subregional.⁷⁵

Con lo expuesto, y una vez que han sido señalados los fines propios de este instrumento, conviene ahora acercarnos, entonces, al concepto de armonización normativa en el entorno de los procesos de integración.

1.4.1. Armonización normativa. Generalidades

Se ha explicado que mediante la suscripción de tratados se busca la eliminación progresiva de las barreras u obstáculos que restringen y aún impiden la integración entre los países que forman parte del proceso. No se trata, entonces, de simples acuerdos de cooperación, sino que, como bien lo señala Agustín Torres, son “nuevos instrumentos de largo e indefinido plazo para progresivamente abolirlas [las discriminaciones] y producir modificaciones en los sistemas jurídicos nacionales, ahora desde la perspectiva de los órganos comunes, con el objeto de producir una regulación homogénea en los mercados nacionales, cuyas conexiones se intensificaban hasta conformar paulatinamente un mercado interior único”.⁷⁶

Aun cuando no se comparte el reduccionismo económico de esta explicación, sirve de apoyo para plantear la idea de que mediante los tratados de integración y toda la normativa secundaria que deviene en los procesos del tipo comunitario, lo que se busca es un acercamiento de las políticas y las legislaciones que viabilicen el derrumbamiento de las barreras que impiden llegar a los objetivos delineados por los países integrados.

Entonces, tanto en el tratado fundacional cuanto en la normativa secundaria, la armonización normativa, como herramienta o instrumento jurídico del proceso, será

⁷⁵ Art. 55 del Acuerdo de Cartagena

⁷⁶ Agustín Torres, “Derecho Tributario Comunitario”, en Horacio García Belsúnce, *Tratado de Tributación*, Tomo I: Derecho Tributario, Vol. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 574.

utilizada para eliminar o por lo menos atenuar esos obstáculos que encuentra la comunidad para alcanzar sus objetivos de plena integración.

Aun cuando en este punto del trabajo todavía es un concepto en construcción, se puede definir a la armonización normativa como la modificación en los sistemas jurídicos nacionales producida por los órganos de integración comunitarios con la finalidad de producir una regulación homogénea en la comunidad formada, en cuyos inicios se presentan distorsiones y restricciones a los objetivos de la integración.⁷⁷

Por tanto, la que para efectos de esta investigación se ha denominado *armonización normativa*, está al servicio del proceso de integración en todos los aspectos que constituyan barreras u obstáculos para llegar a los objetivos, en tanto en cuanto sea necesaria esa modificación para acercar los ordenamientos jurídicos y políticas disímiles, y siempre que los estados que forman la comunidad así lo hayan aceptado.

Sin embargo, también en esta temática, el condicionante económico en los procesos de integración marcará la tendencia de la utilización de este instrumento. Es fácil dilucidar que para llegar a los objetivos que plantea la integración, los principales obstáculos que tendrá la comunidad serán igualmente económicos. Aquí se puede señalar, fundamentalmente, el aspecto impositivo como una barrera en la integración, que sin lugar a dudas constituye el principal problema que deben resolver los Estados que quieren avanzar en el proceso de integración. Es por esto que en la doctrina es recurrente el tratamiento del fenómeno de la armonización tributaria en desmedro de la generalidad que debería implicar el concepto desde su naturaleza instrumental en los procesos de integración.

⁷⁷Concepto elaborado a partir de las ideas de Agustín Torres en “Derecho Tributario Comunitario”, Op. Cit.

1.4.2. La integración tributaria: acercamiento a la definición de armonización.

Antes de esbozar la definición de la armonización en el marco de los procesos de integración desde la temática tributaria, conviene acercarnos a lo que el catedrático de la Universidad Robert-Schuman de Estrasburgo, Philippe Marchessou⁷⁸, ha definido como las *tres etapas de la integración tributaria*. Para este tratadista, pensando en las comunidades económicas europeas, en los tratados fundacionales se ha dado un tratamiento diferenciado a los tributos involucrados en los procesos de integración: por un lado, se habla de *unificación* para los derechos arancelarios; por otro, *armonización* para los impuestos indirectos; y, finalmente, *coordinación* para los impuestos directos.

El primer concepto, el de unificación, tiene relación con el objetivo inicial de la integración que es la construcción de una unión aduanera, tanto con la eliminación de barreras arancelarias al interno del grupo integrado, cuanto en establecimiento de un esquema común frente a terceros países. Esto en el marco de la Comunidad Andina también se lo ha previsto, incluso planteándose la idea de una codificación aduanera⁷⁹. En este aspecto, Montaña Galarza diferencia al *régimen común o unificado* de la armonización legislativa al decir que en virtud el primero, se desplaza una ley nacional aprobado por el Estado sobre una materia determinada, “quedando esta aplicable solo en la medida en que no contravenga el régimen supranacional y, por otra parte, si el Estado aún no cuenta con legislación sobre la materia, la comunidad ocupa el espacio de esa ley inexistente,

⁷⁸Philippe Marchessou, “El tributo y la integración económica. El derecho supranacional. Especial referencia al Derecho Comunitario europeo”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, coord., *El Tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI (En Homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

⁷⁹ Véase en este aspecto: Germán Pardo, “La CAN: aproximación a una codificación aduanera” y Edgar Preciado Pineda, “Anteproyecto de Código Aduanero Comunitario Andino”, ambos en José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón, editores, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos-Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2012.

precisamente a través del régimen común⁸⁰; mientras que por la armonización, la tarea de acercamiento de normativas internas en busca de los objetivos integracionistas, se deja en responsabilidad de los Estados miembros para que realicen los ajustes necesarios a su derecho positivo interno, lo que significa, en último término, el reconocimiento de la falta de competencias expresas de la comunidad sobre las materias que no hayan sido transferidas a los órganos creadores de derecho comunitario derivado⁸¹. Más adelante se verá cómo lo expuesto constituye la materialidad del análisis de esta tesis.

Respecto a la armonización para los impuestos al consumo, implica una respuesta al problema que se presenta por la diferencia en los tipos impositivos de cada Estado parte en un proceso de integración, siempre desde una perspectiva funcional, es decir, en relación a los objetivos que se plantea el proceso mismo. Esa diferencia, como ya se dijo, constituye un obstáculo a la libre circulación de mercancías, sobre todo en los impuestos al consumo, tanto regular como especial; en concreto los de tipo valor agregado y los de consumos especiales.⁸²

Finalmente, respecto a la coordinación para los impuestos directos – a la renta y sobre los beneficios de las sociedades-, aquella surgió ante la reiterada negativa de los Estados miembros de la Unión Europea para llegar a un -aunque sea- mínimo grado de armonización, explicada por la vinculación directa de estos tipos impositivos entre la colectividad política y sus ciudadanos; lo que explicado de otra forma es la clara pertenencia de estos tributos al marco interno, exclusivo y excluyente de la soberanía fiscal

⁸⁰ Lo dicho cabe siempre y cuando esas competencias hayan sido explícitamente atribuidas a la comunidad, como es el caso de la política arancelaria; de ahí la pertinencia de lo dicho por el autor citado.

⁸¹ César Montaña Galarza, Op. cit. p. 28. En este sentido, además, conviene recordar el principio de la *competencia de atribuciones* que enuncia que “ningún órgano o institución puede llevar su actividad más allá de las competencias estipuladas en o los instrumentos que los han instituido”. Ver. Calogero Pizzolo, Op. cit. p. 187.

⁸² Incluso, como lo refiere Marchessou, en la zona europea se ha propuesto la supresión del IVA ante las evidencias de fraude en los Estados miembros, lo que lo vuelve ineficaz. Cfr. Philippe Marchessou, Op. cit. p. 1.126.

de un país, siempre en relación a la hacienda pública y a la existencia misma de la organización estatal.

Ahora bien, uno de los autores preocupados del fenómeno tributario en los procesos de integración es el ya referido Agustín Torres. Él tiene una idea interesante al esquematizar, siempre desde el Derecho Tributario, la injerencia que tiene lo comunitario respecto al acercamiento de ordenamientos jurídicos. Señala este autor, que con las características que tiene el Derecho Comunitario, como rama del Derecho Internacional Público -que supera, en una suerte de evolución al derecho de integración-, como la prevalencia, la aplicación directa, etc., se puede distinguir en el producto normativo de la comunidad

[...] normas que limitan los poderes de los Estados miembros y normas que establecen tributos. A su vez, continúa Torres, las primeras pueden diferenciarse en dos grupos: normas que limitan los poderes de los Estados, excluyendo ciertos contenidos de las normas tributarias nacionales, y normas que limitan los poderes de los Estados miembros, indicando ciertos contenidos para las normas tributarias nacionales.⁸³

No es aventurado extender esta explicación a otras materias donde la armonización normativa también actúa en el sentido señalado por Torres: que limita el poder de los Estados. Aquí se puede ya plantear anticipadamente el problema que implica este instrumento en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que hacen parte de los procesos de integración comunitaria. Esto será analizado en detalle más adelante.

En este orden de ideas, es oportuno recoger otro planteamiento que hace Torres al conceptualizar la armonización. Señala con claridad que se trata de un “poder, o el ejercicio de un poder, conferido a los órganos comunitarios competentes para aproximar las ‘legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado

⁸³Agustín Torres, “Derecho Tributario Comunitario”, óp. cit., p. 594.

común”⁸⁴. Como se puede ver, también plantea la idea de “acercamiento” cuando habla de armonización, señalando que las legislaciones y políticas se encuentran en principio alejadas, lo que implica obviamente una barrera a la integración; y, aun cuando su análisis se enfoca al derecho tributario comunitario, sigue siendo válido para el objetivo de este trabajo que es, en esta parte, señalar la definición y naturaleza de la armonización normativa.

Señalemos, adicionalmente, que a medida que el proceso de integración avanza, la armonización normativa también se involucra en temáticas y escenarios distintos a los meramente económicos, abarcando la parte social y la parte política. Debe recordarse que de lo que se trata es llegar a los objetivos de plena integración que lleven al cumplimiento de los objetivos planteados en los tratados fundacionales.

1.4.3. Relación con otros conceptos. Definición de armonización tributaria.

El llegar a una definición única e inequívoca de lo que es la *armonización* dentro de los procesos de integración del tipo comunitario ha resultado una tarea polémica y compleja para la doctrina, como bien lo señala Irene Roche Laguna. Los diversos autores han utilizado, como sinónimos de nuestro término para explicarlo, la aproximación, coordinación o unificación⁸⁵. Esta autora española ha llegado a entender de mejor manera esta problemática y ha planteado su posición diciendo que

[p]ues si bien todos estos fenómenos [aproximación, unificación, coordinación] pueden considerarse formas de **aproximación** de las legislaciones fiscales, de mayor o menor perfección jurídica, pues de una manera u otra todos provocan la convergencia de los sistemas fiscales, no todos pueden, en nuestra opinión, ser considerados <<armonización>>. Habría que distinguir por tanto entre un concepto de *armonización en sentido amplio*, que equivaldría a <<aproximación>> y que como hemos visto adquiere una gran variedad de formas, y la *armonización en sentido estricto*, que no sería sino un fenómeno concreto

⁸⁴*Ibíd.*, pp. 607-608. El autor comentado cita el artículo 3(h) del Tratado de la Unión Europea.

⁸⁵ Irene Roche Laguna, *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (Armonización de la imposición directa en la Comunidad Europea)*, Polo Europea Jean Monnet-Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 28-29.

dentro de esta clasificación de formas de aproximación, con unas características jurídicas y políticas propias que lo distinguen y definen frente a los demás⁸⁶[énfasis en el texto].

Los fenómenos de aproximación que hace referencia Roche Laguna, enumerándolos de menor a mayor perfección jurídica, son la “armonización por las fuerzas del mercado”, la “legislación judicial”, la coordinación fiscal, la armonización fiscal y la unificación fiscal.

La “armonización por las fuerzas del mercado”, a la que la autora comentada denomina también “armonización espontánea”, viene dada por la propia dinámica de los factores de la economía entre los Estados miembros, obligando a éstos a acercar sus legislaciones so pena de ver disminuido su base imponible por la “deslocalización espontánea de las transacciones, actividades y capitales, lo cual le empujará a adoptar una fiscalidad más conforme con la legislación de los Estados vecinos”⁸⁷.

La “legislación judicial”, en la descripción que hace Roche Laguna, está referida a la actuación del órgano judicial comunitario europeo que ha desarrollado con su jurisprudencia el derecho aplicado a la Unión Europea, obligando, en la temática fiscal e impositiva, a ajustes legislativos forzosos por parte de los Estados miembros. Compartimos el comentario de la autora en relación a que si bien es importante la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que incluso ha sido llamado el órgano “motor de la integración”, no hay que pasar por alto que por el principio de separación de poderes, se debe respetar la libre configuración del legislador nacional en los temas impositivos; además, será más convenientes, sostiene Roche Laguna, una aproximación de las legislaciones “programada y progresiva”⁸⁸. Nótese cómo ya desde una explicación

⁸⁶*Ibid.*, p. 29.

⁸⁷*Ibid.*, p. 30.

⁸⁸*Ibid.*, p. 33.

conceptual de estos mecanismos se señala un problema que enfrenta dentro de las dinámicas constitucionales, el de separación de poderes, que será planteado como problema más adelante en este trabajo.

La *coordinación fiscal* es “cualquier proceso de cooperación, debate, intercambio de información o puesta en común entre los Estados miembros, con el fin de eliminar las distorsiones fiscales producidas por las diferencias entre las legislaciones fiscales y favorecer así el buen funcionamiento del mercado interior y la salvaguardia de la libre competencia, así como la consecución de cualquier objetivo previsto en los Tratados”⁸⁹. Este diálogo entre los Estados prescinde para el objetivo del acercamiento legislativo la intervención de los órganos comunitarios, dejando así intocada más que nunca la soberanía fiscal que no ha sido transferida a la comunidad. Como lo complementa Roche Laguna:

La coordinación fiscal, por tanto, se caracteriza sobre todo en que la acción legal permanece a un nivel estatal: la coordinación no implica modificación alguna *–per se–* del contenido sustantivo de las normas internas por <<imperativo comunitario>>, sino únicamente un mecanismo de organización de su actuación conjunta, que puede conducir – y de hecho ese es su propósito– a que los Estados miembros acuerden modificar o <<adaptar>> sus legislaciones con vistas a la consecución de un fin concreto. Si se dicta algún acto comunitario al respecto, tendrá carácter indicativo y no vinculante (<<recomendación>>, <<comunicación>>, <<informe>>, <<Plan de acción>>...).⁹⁰

En oposición a la coordinación fiscal, la armonización en sentido estricto está dada por aquellas normas o conjunto de normas en materia fiscal de naturaleza vinculante, diríamos de derecho comunitario derivado, emanada de los órganos comunitarios, con las que se persigue eliminar los obstáculos al establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior y la libre competencia, o de cualquier otro fin comunitario, “mediante la transformación de las legislaciones fiscales nacionales si ello es necesario”⁹¹. Roche

⁸⁹*Ibid.*, p. 34.

⁹⁰*Ibid.*, p. 34.

⁹¹*Ibid.*, p. 34.

Laguna, a partir de estos rasgos conceptuales, extrae los elementos definidores de la armonización fiscal en estricto sentido:

- a) Debe tratarse de una *norma comunitaria* emanada de los órganos con competencia normativa;
- b) Esta norma es *jurídicamente vinculante*; y,
- c) La armonización fiscal o tributaria tiene un *carácter instrumental*; no representa un fin en sí mismo, sino que estará dada en virtud de un objetivo previsto en los tratados fundacionales⁹². Para nuestro análisis, este concepto implica una mayor importancia porque será a partir de su operatividad normativa que conlleve la discusión con la temática constitucional.

Finalmente, la *unificación fiscal*, como armonización en sentido amplio, busca “la creación de un sistema fiscal común y único para todos los Estados miembros de la Unión”⁹³. Esto, en definitiva, sería el objetivo final del proceso de integración económica, posición que no es compartida por Roche Laguna, al considerar que la unificación en los sistemas tributarios no es imprescindible para la creación de un mercado común; y, más bien, sostiene, es un proceso inviable, según la mayoría de la doctrina especializada. Sostiene que

[I]a unificación fiscal entendida en estos términos vulneraría, por un lado, el carácter instrumental de la armonización fiscal, pues ya no estaría subordinada a servir a la consecución de unos fines determinados como la creación del mercado interior o la protección de la libre competencia, sino que constituiría en sí misma un fin. Por otro lado, y como ya ha indicado la propia Comisión Europea, en varias ocasiones, vulneraría el principio de subsidiariedad.⁹⁴

⁹²*Ibid.*, p. 35.

⁹³*Ibid.*, p. 36.

⁹⁴*Ibid.*, p. 36.

Sistematizando las definiciones dadas por Roche Laguna, tenemos que el carácter instrumental de la armonización fiscal o tributaria implica su utilidad respecto a los fines que persigue la comunidad. Este carácter, sin embargo, es compartido por la coordinación fiscal, también señalada por la autora. En un análisis de los dos esquemas de acercamiento normativo se puede concluir que lo que les separa conceptualmente no es un tema totalmente definido, produciéndose confusión y uso equívoco de los dos términos. Incluso la autora que hemos seguido en este punto, señala que conviene más políticamente hablar de coordinación y no de armonización. Sin embargo, entre estos dos conceptos, según la misma autora, se encuentran tanto elementos comunes, como diferenciadores. Así,

[e]n ambos casos se desarrolla una acción de dirección y supervisión a nivel comunitario, conduciendo normalmente a la promulgación de una disposición de naturaleza comunitaria, y que afectará en mayor o menor medida a las legislaciones de los Estados miembros [...]⁹⁵

Por otro lado, en ambas figuras el carácter instrumental de la acción comunitaria es un elemento fundamental. Lo que implica decir que no implica un fin en sí mismo, lo que motiva que no pueda justificarse en su utilidad ninguna alteración a principios jurídicos superiores.

En cuanto a las diferencias, la coordinación fiscal no afecta directamente a la soberanía estatal ni limita el poder financiero de los Estados, manteniendo estos su capacidad legislativa. Se encuentra más en el campo de la cooperación internacional y en las relaciones intergubernamentales; por su parte, para la armonización se reconoce una autoridad con facultades normativas vinculantes que ponen en crisis el concepto de Estados soberanos, estando en el ámbito de la integración propiamente dicha permeado por la *supranacionalidad*, concepto ya analizado en líneas anteriores. En este mismo sentido, la coordinación fiscal está expresada en normas no vinculantes jurídicamente; lo contrario

⁹⁵*Ibíd.*, p. 40

cabe decirse de la armonización tributaria. La vinculación jurídica de las normas que rigen la armonización tributaria va a posibilitar la actuación interpretativa de los tribunales de justicia comunitarios, llegando a determinar, incluso, el incumplimiento de los Estados de estas normas; no se puede afirmar lo mismo de las normas de *softlaw* generadas en la cooperación intergubernamental que se profesa en la coordinación fiscal. Finalmente, Roche Laguna señala la manera distinta en que ambas formas de aproximación legislativa tienen de relacionarse con el principio de subsidiariedad: la coordinación fiscal es más respetuosa, mientras que la armonización se ha ganado su mala fama por el supuesto conflicto que representa en relación al mismo⁹⁶. Esta “mala fama” será puesta en análisis más adelante.

1.4.4. La armonización tributaria en la Comunidad Andina.

Irene Roche Laguna, desde la óptica europea, hace ver que tanto la imposición indirecta -por el intercambio de bienes y servicios que pretende un proceso de integración va a chocar con los distintos tipos impositivos y tarifas vigentes en cada Estado parte-, como la imposición directa -por la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de capitales, que pueden verse afectadas-, constituyen obstáculos al cumplimiento de los objetivos previstos en los tratados fundacionales⁹⁷. Esto produce que los mayores esfuerzos en lograr la eliminación de estas trabas se realicen a través de la armonización tributaria.

Lo dicho no es ajeno al caso de la Comunidad Andina. En lo que tiene que ver con la tributación dentro de la zona de integración subregional andina, aquel comprende tanto

⁹⁶*Ibid.*, pp. 41-42.

⁹⁷ Irene Rocha Laguna, *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (Armonización de la imposición directa en la Comunidad Europea)*, Op. cit., p. 20.

el régimen arancelario, como los impuestos directos e indirectos que rigen en los territorios de los Estados miembros.

El primer objetivo de todo proceso de integración económica como el de la Comunidad Andina, según ha quedado reflejado en los apartados anteriores, es la eliminación de las barreras al libre comercio entre sus integrantes y, particularmente, el constituido por el sistema arancelario interno. En este sentido, lo primero que se busca es alcanzar un nivel de cero aranceles en la subregión y luego establecer un arancel externo común⁹⁸. En la Comunidad Andina se adoptó, para estos efectos, la Decisión 370 de la Comisión de la Comunidad Andina, norma supranacional de derecho comunitario derivado investida de las características que le vuelven vinculante jurídicamente a los Estados miembros, que ha tenido varias reformas. Mediante esta norma se instituyó en la CAN la unión aduanera en la subregión, lo que implica una zona de libre comercio y un arancel externo común para el comercio con terceros países. Sin embargo, por las diferencias en el desarrollo de las economías de Perú, Bolivia y Ecuador, no se ha logrado la vigencia plena de este Arancel Externo Común, pese a los múltiples esfuerzos de los gobiernos de los Países miembros.⁹⁹

Respecto a la imposición directa, a decir de Montaña Galarza, las preocupaciones iniciales de los Países miembros y de los órganos comunitarios estuvieron dadas en brindar un ambiente adecuado para las inversiones extranjeras y evitar la doble imposición tributaria. Para esto se adoptaron varias normas comunitarias en el seno de la Comisión de la Comunidad Andina, como la Decisión 24, sobre el Régimen de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías; 40, para la Aprobación

⁹⁸ En el Acuerdo de Cartagena se prevé esta obligación de los Estados miembros en el artículo 81.

⁹⁹ Véase César Montaña Galarza, "La interpretación en el Derecho Comunitario Andino de la Tributación", en *Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Universidad de Cuenca-Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Cuenca, 2005, pp. 92 y 93.

del Convenio para evitar la doble tributación entre los Países miembros y del Convenio tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países miembros y otros Estados ajenos a la Subregión; 291, que estableció el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, Patentes, Licencias y Regalías; 292, para el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas; 295, para la Inclusión de la Corporación Financiera Holandesa (FMO) en la Nómina de Entidades con Opción al Tratamiento de Capital Neutro para sus Inversiones; y 578, que instituye el Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal.

Al respecto se puede determinar, siguiendo a Montaña Galarza, que estas normas dejan a los Estados miembros un amplio margen de actuación interna para configurar la normativa que garantice el respeto y protección a la inversión extranjera, con una aproximación de sus legislaciones. “Esto ha sido producto de la aplicación de una concepción económica uniforme por toda la región y la aplicación y evolución de normativa multilateral, concretamente del GATT y del TRIMS (Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio). Lo que habrá que decir que estas medidas de protección de inversiones deberán ceder terreno frente a principios constitucionales.

Las Decisiones que en este sentido revisten importancia para este estudio son la 40 y 578. La primera, como queda señalado, comprende un convenio para evitar la doble imposición entre los Países miembros y un convenio tipo para celebrar acuerdos con este objetivo con países que no pertenecen a la CAN. La segunda, sin que quede claro el efecto de su vigencia respecto a la Decisión 40, contiene disposiciones, entre otras, que buscan la eliminación de la doble imposición de personas naturales y jurídicas domiciliadas en los países de la subregión y normas para establecer la colaboración entre administraciones tributarias. Esta Decisión se ocupa de los impuestos a la renta y al patrimonio, vigentes en

el territorio comunitario; y, tiene reglas referidas al domicilio; a los conceptos de “empresa”, “fuente productora”, “regalías”, “ganancias de capital”, “pensión”, “anualidad” e “intereses”; también se regula la jurisdicción tributaria; la ubicación de bienes inmuebles para efectos gravables; explotación de recursos naturales; beneficios empresariales; precios de transferencia y ajustes correlacionados; transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial; tratamiento tributario a las regalías, ganancias de capital, rentas provenientes de prestación de servicios personales, servicios técnicos, asistencia técnica y consultoría, pensiones, anualidades y otras rentas periódicas semejantes, rentas provenientes de actividades artísticas y de entretenimiento público; consagra el principio de no discriminación; establece mecanismos de intercambio de información y consultas entre Países miembros y señala la manera en que deberá interpretarse y aplicarse esta Decisión.

Como se puede apreciar, el contenido de esta norma comunitaria comprende toda la materialidad de un convenio para evitar la doble imposición. Sin embargo, no queda claro qué papel cumpliría la Decisión 40 respecto a la vigencia de las disposiciones que quedan referidas, al recoger en sus anexos, esta sí, verdaderos convenios suscritos entre los Países miembros y estos con terceros. Esta preocupación coincide, además, con lo señalado por César Montaña Galarza, cuando dice que “[...] una norma andina como la Decisión 578 por su naturaleza, no podría reformar ni derogar directamente ningún tratado vigente entre los estados miembros”¹⁰⁰. Adicionalmente, habrá que señalar que por los principios del Derecho Comunitario y las características otorgadas a las normas comunitarias, se presentarían antinomias con la legislación interna de cada Estado miembro, lo que constituye en definitiva uno de los puntos críticos respecto a esta normativa, como ya se verá más adelante.

¹⁰⁰César Montaña Galarza, Op. cit., p. 96.

Sin embargo, donde más se ha desarrollado la armonización normativa es en la imposición indirecta. En este sentido, las Decisiones más importantes que han sido adoptadas en la Comunidad Andina son:

- Decisión 324: Arancel Externo Común, Programa de Liberación e Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales;
 - Decisión 330: Eliminación de Subsidios y Armonización de Incentivos a las Exportaciones Intrasubregionales;
 - Decisión 388: Armonización de Impuestos Indirectos como Incentivos a las Exportaciones de Bienes;
 - Decisión 599: Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado;
 - Decisión 600: Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo;
- y,
- Decisión 635: Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo.

Como ya ha quedado señalado, con estas normas de armonización emanadas de los órganos comunitarios se busca alcanzar los objetivos de la integración andina contenidos en el Acuerdo de Cartagena. Se camina esta senda indirecta por la sencilla razón de que la Comunidad no tiene atribuciones legislativas directas respecto a la creación, modificación y extinción de estos tributos, más allá de la adopción del Arancel Externo Común expresamente autorizada. Sin embargo de esto, vemos que el cumplimiento de estas

obligaciones derivadas de los compromisos asumidos por los Estados miembros con la suscripción de los tratados fundacionales no ha sido realizado.

Con la Decisión 330 se busca “proscribir los incentivos de tipo tributario que puedan afectar la neutralidad en las relaciones comerciales andinas”¹⁰¹, como la exención, devolución o aplazamiento total o parcial de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social, que paguen o deban pagar las personas naturales o jurídicas, concedidas en función de las exportaciones; concesión de deducciones especiales para el cálculo de la base imponible, cuando aquellas son superiores para las actividades de exportación respecto a la producción para consumo interno; la exención, devolución o aplazamiento parcial o total de los impuestos directos sobre la producción y distribución de productos exportados, incluidos los impuestos indirectos sobre los insumos, en una cuantía superior a aquellos beneficios otorgados por actividades productivas destinadas al consumo interno. Por otro lado, también se prohíben los subsidios tributarios para las exportaciones dentro de la subregión; y, se compromete a la Comisión para que emita la normativa de armonización para exenciones, devoluciones o aplazamientos de los impuestos indirectos que afecten a productos destinados a las exportaciones en la subregión.

Por su parte, la Decisión 388 enuncia, entre otros temas, el principio de país de destino para determinar qué país debe gravar el impuesto indirecto a la venta o consumo de bienes. Prevé, además, la obligación de los Países miembros de informar a la Secretaría General de la Comunidad Andina sobre la creación o modificación de impuestos indirectos; adicionalmente deberán informar sobre las acciones llevada a cabo en los legislativos de cada país para ajustar la normativa interna a las directrices emanadas del órgano comunitario. Sin embargo, el gran vacío de esta Decisión está en que no señaló ningún plazo perentorio para que los Países miembros cumplan con las obligaciones, con

¹⁰¹*Ibíd.*, p. 105.

lo que no se pudo conminar a que lo hagan. Montaña Galarza lo explica de la siguiente manera:

Según los ámbitos de validez material, subjetivo y espacial del derecho comunitario, la Decisión 388 contiene recomendaciones que vinculan política o moralmente [pero no jurídicamente] a cada Estado miembro, para que cada uno de creerlo conveniente y en el tiempo que considere necesario, por medio de su poder legislativo realice ajustes en su respectivo ordenamiento jurídico.¹⁰²

Estas dos Decisiones constituyen el primer esfuerzo en el objetivo de buscar el acercamiento de las legislaciones impositivas en la subregión. Sin embargo, con la expedición de la Decisión 599 se evidencia la necesidad de actuaciones activas por parte de los legislativos de los Países miembros en los plazos señalados, “para ajustar los ordenamientos jurídicos internos del IVA a los lineamientos de la Decisión citada últimamente”. En esta norma se deja claramente establecida la idea de que la armonización de los impuestos tipo valor agregado debe entenderse como un proceso gradual que deberá ser administrado por cada país miembro dentro de los plazos definidos en esta Decisión.

También con la Decisión 600 se evidencia el objetivo de la armonización cuando en su artículo 1 se enuncia que la Decisión armoniza los aspectos sustanciales y procedimentales de los "impuestos tipo selectivo al consumo" (ISC) de los regímenes tributarios de los Países Miembros, a efectos *de impulsar la política de integración subregional andina*. También esta norma de derecho comunitario derivado expedido por la Comisión fija plazos para que los parlamentos en cada País miembro acojan las directrices emanadas.

Ahora bien, fruto de la poca voluntad política en los Países miembros, cuando se patentizó que no se iban a cumplir los plazos, la Comisión adoptó la Decisión 635 que

¹⁰²*Ibíd.*, p. 107

modificó las Decisiones 599 y 600 en lo que tiene que ver con su entrada en vigencia, estableciéndose que regirán a partir del 1 de enero de 2008, fecha desde la que deberá contabilizarse los plazos señalados en las Decisiones para que se ajusten las legislaciones a las directivas trazadas por la Comisión.

Como resumen de lo dicho en este capítulo, sostengamos que los procesos de integración económica son el resultado de la vocación de los Estados para evitar el aislacionismo; y, encuentran su inspiración más moderna en las ideas librecambistas propias del liberalismo. En esta dinámica, para alcanzarse los objetivos que los tratados fundacionales plasman en sus textos, los Estados constituyen organizaciones y órganos dotados por ellos mismos de atribuciones normativas, que busquen como fin, el acercamiento de las realidades económicas, política y jurídicas de por sí, diferentes y distantes antes de la integración. Lo harán instrumentalizando, entre otros, mecanismos como los de la armonización tributaria.

La temática tratada en este capítulo, sobre todo el tratamiento dado a la armonización tributaria en procesos de integración comunitaria, nos servirá como eje referencial para abordar la problemática que genera su implementación en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

Capítulo 2

Problemas jurídicos relevantes que presenta la armonización normativa en los procesos de integración

Este capítulo tiene como objetivo central determinar cómo los elementos fundamentales del constitucionalismo plantean una discusión con la dinámica integracionista, concretamente con obligaciones emanadas de órganos comunitarios con atribuciones normativas que exigen actuaciones legislativas concretas a la interna de los Estados miembros. Para esto, iniciaremos con la ya clásica discusión del choque entre el fenómeno llamado globalización y el constitucionalismo, para luego referirnos a cómo las Constituciones acogen la dinámica de la integración, hasta señalar cuáles son los principios constitucionales que se ven en riesgo frente a instrumentos de armonización legislativa.

2.1. Crítica a los procesos de integración. La globalización se enfrenta con el constitucionalismo

En el imaginario jurídico y político, el concepto de Estado está íntimamente ligado a los de soberanía, unidad, autonomía y hegemonía. En la modernidad, estos conceptos están condicionados mutuamente. Así, la aparición del Estado-Nación moderno se produce cuando se puede hablar de que para su organización y ordenamiento nada lo puede limitar ni está subordinado a otra organización política. Y, por otro lado, la soberanía, como categoría política, halla su desarrollo en esta organización administrativa y en el monopolio de creación jurídica atribuido en exclusiva a la entidad creada por quien ostenta estas potestades soberanas¹⁰³. Como lo señala Daniel Bonilla Maldonado,

¹⁰³ Esto no siempre fue así. Jorge Iván Cuervo en su artículo “El blog jurídico o la construcción de una nueva razón jurídica”, en Gonzalo Ramírez Cleves, editor, *Los blogs jurídicos y la Web 2.0 para la difusión y la enseñanza del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, denomina a esto la *razón jurídica occidental*, subyacente a todos los sistemas jurídicos modernos, como razón jurídica estatal, la que se deriva de la razón de Estado, accesible al ciudadano solo a través de los

“[t]radicionalmente se ha argumentado que para cada nación unida en torno a una única cultura, debe existir un territorio; para cada territorio, un Estado; y para cada Estado, uno y sólo un sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado”.¹⁰⁴

En este orden de ideas, el Estado debía poder decidir libremente sus asuntos internos y externos, sin someterlos a autorización o límite alguno. Así nació y así debía permanecer, incluso como referente para su reconocimiento a nivel internacional, dado que tampoco a otro Estado le estaba permitido condicionar esa libre actuación política y jurídica, a menos que por propia aquiescencia se acepte asumir obligaciones con terceros estados u organizaciones internacionales. Esto, desde luego, en la tradición de las relaciones internacionales y del propio ordenamiento jurídico internacional en la que la coordinación y diálogo intergubernamental primaba en la dinámica de la comunidad internacional. Así se configuró a la soberanía absoluta, que bajo la denominación de *monismo jurídico liberal*, “implica entonces el derecho de gobernar sobre un territorio limitado y de ejercer la autoridad política dentro de una comunidad que tiene derecho a determinar la estructura del ordenamiento jurídico, sus normas y políticas, así como también de gobernar conforme a ellas”¹⁰⁵.

canales institucionales oficiales. Esta monopolización, dice Cuervo con razón, se origina con el movimiento codificador impulsado por Napoleón en Francia; y, citando a Alejandro Nieto en *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, dice que “[h]asta el siglo XIX el Derecho constituía un universo abierto que ofrecía un escenario a la disposición de cuantos quisieran (y pudieran) actuar en él. Allí convivían el pueblo con sus normas consuetudinarias, las ciudades y corporaciones con sus estatutos particulares, la Iglesia con sus cánones, los jueces con su jurisprudencia, los juristas con sus doctrinas y, por supuesto, el monarca con su derecho regio”. Cuando el liberalismo del siglo XIX hereda esa monopolización del declive de la monarquía, la producción normativa va a constituir obra exclusiva del Estado.

¹⁰⁴Daniel Bonilla Maldonado, “Estado-nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía”, en GuntherTeubner, et. al., *Estado, Soberanía y Globalización*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2010, p. 11.

¹⁰⁵Laura Saldivia, “El derecho y la soberanía en la globalización”, en GuntherTeubner, et. al., Op. Cit., p. 22.

Sin embargo, los procesos de globalización¹⁰⁶ han hecho que estos conceptos, como el de soberanía absoluta, propio del modelo westfaliano, se replanteen ante los procesos que emprenden los Estados para buscar alternativas a su desarrollo, que se vería limitado al enclaustrarse en su realidad doméstica. Esta interdependencia cada vez más creciente entre los estados hace que esta soberanía se vuelva porosa o hasta vacía¹⁰⁷. Bonilla, al respecto, señala lo siguiente:

Las exigencias que hacen los Estados poderosos militar o económicamente, los reclamos de las organizaciones internacionales, los requerimientos del sistema económico capitalista internacional, las presiones de las empresas multinacionales y de las organizaciones no gubernamentales transnacionales, hacen que la voluntad estatal sea cada vez más débil o que por lo menos se enfrente cada vez más con obstáculos para su plena materialización. Las fuentes de poder político y jurídico se han multiplicado y no se tienen ya como referente único o central al Estado- nación.¹⁰⁸

¹⁰⁶ “Desde su gestación, a mediados de la década de los ochenta, y sobre todo, con su creciente difusión a partir del desplome de los regímenes burocráticos del Este y del fin del mundo bipolar de la posguerra, el concepto de “globalización” ha pasado a constituir un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretenda dar cuenta acabada de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo”: Gerardo Pisarello, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, 2003, p. 239. Para Gonzalo Ramírez Cleves, resaltando la dificultad de definición y que en realidad se trata todavía de un concepto en formación, define a la globalización “como un proceso complejo de intensificación, interrelación e interdependencia de las relaciones entre países, personas, economías, bienes, servicios, etc., cuyo motor o eje es la economía y los avances tecnológicos y comunicacionales. Este proceso da lugar a que la interrelación se efectúe de una manera más intensa e instantánea diluyendo las fronteras espaciales y temporales en un ámbito global”: Gonzalo Ramírez Cleves, *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 2009, p. 14. Ver también del mismo autor, “Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización”, en Gonzalo Ramírez Cleves (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Incluso se habla no de una “globalización” sino de muchas *globalizaciones* para referir todos esos procesos económicos, culturales, tecnológicos y mediáticos; por ejemplo, Miguel Carbonell, en “Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate” (en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, compiladores, *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009) dice que “[l]a globalización, en singular, no existe. Se simplifica para abreviar, pero a poco que se repare, cualquiera se dará cuenta que, en realidad, no hay una sino varias globalizaciones, cada una de las cuales obedece a su propia lógica y a sus propios ritmos”, p. 20. En otro sentido, para analizar la convergencia entre el derecho y la historia en un mundo globalizado, ver Francisco Barbosa Delgado, “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, en Gonzalo Ramírez Cleves, *El Derecho en el contexto de la globalización*, op. cit.

¹⁰⁷Daniel Bonilla Maldonado, Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁸*Ibíd.*

Lo que no queda claro es, a pesar de este replanteamiento del concepto de soberanía –y ciertamente de la propia naturaleza del Estado-, qué consecuencias ha traído en los ordenamientos constitucionales de los países.

Habría que empezar diciendo que no se comparte la tendencia de considerar que por la globalización y todas sus aristas económicas y culturales, el Estado va desapareciendo. Admitir esto sería como desconocer que los propios Estados son los que se allanan a muchos de estos procesos desde el ejercicio efectivo de la propia soberanía, entendida ya no desde su definición absoluta, pero que aún sigue primando como categoría política válida.

Pedro de Vega García sostiene que por efectos de la llamada “mundialización económica” se produce un doble efecto: por un lado, el *ensachamiento* de los espacios económicos y sociales; y, por otro, la reducción de los ámbitos políticos estatales. Sostiene que mientras, por efectos de esta mundialización de la economía, se promueve la creación de organizaciones e instituciones internacionales, no sucede lo mismo en el plano político, de manera que “el Estado [sigue siendo] el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia”.¹⁰⁹

Ahora bien, tampoco es adecuado sostener que nada ha pasado en los ordenamientos jurídicos nacionales. La afectación constitucional puede ser evidente. El propio autor citado refiere que ese Estado ve limitado su campo de acción, sometido a “presiones y embates de notable envergadura”, que, sin lugar a dudas, condicionan su sistema jurídico interno. De Vega García sostiene que

¹⁰⁹ Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, 2003, p. 166.

[r]esulta chocante y aterrador que cuando las Constituciones dejan de ser un mero conjunto de principios orientadores de la vida pública, como sucedía en el siglo XIX, y se convierten en un verdadero sistema de preceptos con fuerza jurídica vinculante, y cuando son las propias Constituciones las que establecen los más escrupulosos y prolijos mecanismos de control del poder, sea justamente cuando nos convirtamos todos en testigos de excepción del singular espectáculo de la impotencia generalizada del Estado.¹¹⁰

En este sentido acusa la conculcación de derechos fundamentales, consagrados constitucionalmente, incluso el retroceso de los derechos sociales, al negárseles incluso su propia existencia y razón de ser. Adicionalmente, este autor señala, en extremo, que por efecto de esa “mundialización económica” y de la reducción de los espacios políticos, la realidad, objeto de regulación del derecho constitucional, está por fuera paradójicamente de su ámbito de aplicación; “[l]levando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias bien se podría sostener que el derecho constitucional comienza a quedarse sin realidad constitucional”, sustituyéndose la *ideología del constitucionalismo* por la *ideología de la Constitución*.¹¹¹

Para Gerardo Pisarello, esa dinámica de la globalización, como “elemento omnipresente” en toda reflexión teórica, “ha supuesto también un desafío central al paradigma constitucional, entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas”¹¹².

¹¹⁰*Ibíd.*, p. 185.

¹¹¹ “Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería de encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia. Es desde esta óptima (sic) desde la que habría que interpretar y comprender como manifestación más significativa del Constitucionalismo actual la expresión *ideología de la Constitución*.” Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, Op. cit., p. 188.

¹¹²Gerardo Pisarello, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, 2003, p. 239.

También sobre los elementos conformadores del Estado-nación, el fenómeno de la globalización ha dejado su impronta. El profesor Gonzalo Ramírez Cleves deja señalado que el Estado constitucional formado en el absolutismo que mutara en las revoluciones liberales contiene, como elementos caracterizantes y diferenciadores, al territorio, a la soberanía y al pueblo. Y es que la globalización extiende el marco espacial que transforman “los posicionamientos geográficos tradicionales”; por otro lado, la soberanía jurídica, entendida, como queda dicho, en relación al monopolio estatal de creación normativa, también se transforma hacia un “pluralismo normativo” con sistemas de derecho complejos en planos regionales, internacionales e incluso privados, “que se imponen muchas veces a la autoridad suprema de carácter estatal”¹¹³.

Señalemos, entonces, que ese gran fenómeno paradójicamente “omnipresente”, pero a la vez poco comprendido de la globalización, marca unos nuevos puntos para el análisis de las dinámicas jurídicas de los Estados, tanto en su creación cuanto en su análisis.

La globalización produce el cambio de paradigma respecto a que el monopolio de creación del derecho debe ser única y exclusivamente el Estado-nación. La idea de que la Constitución es la norma fundamental que actúa así en el ordenamiento normativo jerarquizado¹¹⁴, sufre un replanteamiento a la luz de los teóricos que reclaman una nueva concepción de las fuentes del derecho¹¹⁵.

¹¹³ Gonzalo Ramírez Cleves, “Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización”, en Gonzalo Ramírez Cleves (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 202.

¹¹⁴Bajo la idea de la “pirámide kelseniana”, las normas superiores jerárquicamente fundamentan a las inferiores las que no podrán sobrepasarla con su fuerza normativa. Esta teoría clave en el entendimiento de la posición *iuspositivista* formal, lleva el signo de Hans Kelsen, quien sin embargo, reconoce el aporte brindado para su construcción a su discípulo Adolf Julius Merkel, en Hans Kelsen, *Autobiografía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 58.

¹¹⁵Laura Saldivia, Op. Cit., p. 36.

Como manifestación de la globalización, como fenómeno económico a partir de la década de los años cincuenta y con gran impulso en los ochenta del siglo anterior, están los procesos de integración económica regional y los esfuerzos multilaterales de “acortar” las distancias y “difuminar” las fronteras con fines comerciales. Aquí es donde se puede apreciar que por vía del Derecho Internacional Público, en su variable del Derecho Comunitario, se empieza a aceptar que organismos internacionales participan en la formación normativa de los Estados, como hemos visto en el capítulo anterior. Esto, sin dudas, genera una variable adicional al concepto de *pluralismo jurídico*.¹¹⁶ Como acertadamente lo refiere Gunther Teubner:

En últimas, en la globalización la creación de normas que predomina se está desplazando de los centros del derecho que se habían institucionalizado políticamente en el Estado-nación –parlamentos y jueces- hacia la periferia del derecho, es decir, hacia los límites entre el derecho y otros sectores sociales globalizados.¹¹⁷

¹¹⁶ Bajo el concepto de *pluralismo jurídico* está ligado al reconocimiento constitucional de la justicia indígena. Boaventura de Sousa Santos ha evidenciado el choque entre el monolitismo jurídico y el pluralismo jurídico, donde la idea del monopolio estatal en la producción normativa, apalancado en el positivismo jurídico del siglo XIX, se ve cuestionado por la visibilización de un sistema de justicia ancestral. Bajo esta misma idea del rompimiento del monopolio estatal, la existencia de obligaciones en el plano internacional que atan a los estados y les imponen directrices para sus ordenamientos jurídicos, sería otra arista del concepto de *pluralismo jurídico*, tomando incluso la idea del autor citado cuando dice que “[e]l reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía”; los mismos principios que pueden ponerse en discusión cuando hablamos de procesos de integración que involucren cargas normativas “externas” a los ordenamientos nacionales. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, AbyaYala- Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, p.18. Ver también, para entender el concepto de *pluralismo jurídico*, Christian Masapanta Gallegos, “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (editores), *Derechos ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

¹¹⁷ Gunther Teubner, “Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y Constitución dual de sectores autónomos”, en Gunther Teubner, et. al., Op. Cit., p. 74. En su propuesta este autor señala, refiriéndose a los efectos de la globalización en el derecho, que los actores privados van configurando un derecho espontáneo que reconfigura toda la idea de construcción normativa nacional. “En los regímenes globales privados está ocurriendo una efectiva deconstrucción del derecho que simplemente va dejando sin vigencia principios básicos esenciales del derecho nacional, tales como la derivación de la validez de normas legales a partir de la jerarquía de las fuentes del derecho, la legitimación del derecho mediante una Constitución política, la elaboración de las leyes por los órganos parlamentarios, el Estado de derecho basado en instituciones, los procedimientos y principios, y la garantía de las libertades individuales mediante derechos básicos por los que se ha luchado políticamente”. Op. Cit., pp. 74-75.

Los procesos de integración económica han sido considerados un reflejo de las ideas neoclásicas o neoliberales cuya receta para alcanzar el desarrollo de los pueblos incluía la liberalización de las economías y el acercamiento de los mercados con la eliminación de las barreras al libre comercio.

En este sentido, bajo la tesis defendida por Rodríguez Garavito¹¹⁸, respecto a que el Estado de Derecho tiene en las teorías que explican su naturaleza unas concepciones “ligeras”¹¹⁹ que privilegian su función estabilizadora, el proyecto neoliberal –que promovió el libre cambio- instituyó en toda América Latina el modelo de Estado basado en la seguridad jurídica como protección y prevención de las actuaciones estatales¹²⁰. Se trataría, entonces, de la idea de que el neoliberalismo fue moldeando el Estado de Derecho de tal manera que le sirviera a sus propósitos de desarrollo económico y no más, estableciendo fundamentalmente reglas claras, fijas, previas y determinadas con la debida anticipación que hagan prever los límites de las actuaciones de los poderes públicos, dejando al margen la protección de eventuales derechos fundamentales.

Sin embargo, siguiendo al mismo autor, éste sostiene que este proyecto neoliberal compite con el proyecto *neoconstitucional*, de manera simultánea, y que comparte su misma misión: globalizar su forma de conceptualizar el Estado de derecho.¹²¹

¹¹⁸ César Rodríguez Garavito, *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.

¹¹⁹ Para este autor las concepciones “ligeras” explican un Estado de Derecho que privilegie la protección de los derechos civiles y políticos como límites a su poder utilizando normas previas y predecibles que otorguen seguridad jurídica a los ciudadanos. En contraposición a estas se encuentran las concepciones “densas” que además incluyen la garantía de contar con condiciones sociales, económicas, educativas y culturales que permitan el desarrollo de los ciudadanos, más allá de una mera protección de sus derechos civiles y políticos. Puede verse que las primeras reflejan un modelo liberal, mientras que las segundas evidencian un modelo social.

¹²⁰ César Rodríguez Garavito, Op. Cit., pp. 15-17

¹²¹ Ver también el aporte que el profesor Manuel Atienza hace a la discusión entre el constitucionalismo y la globalización en “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 571.

Esta *confrontación ideológica* entre lo económico y lo jurídico ha constituido el centro de la crítica a los procesos de integración económica, si se quiere “tradicional”, que pasaba por alto las garantías constitucionales fundamentales, producto de las luchas en el plano de la consagración final de unos derechos fundamentales mínimos. Esta idea regada por el mundo de que el desarrollo de los pueblos se lograría con la integración, con el libre comercio y con la apertura económica de los Estados, había olvidado que el punto central debía seguir siendo el Estado y su razón de existencia en cuanto a ser el máximo garante de la protección y tutela de los derechos y de las instituciones jurídicas. Existen elementos en la construcción del Estado que deben formar parte del análisis de estos procesos de “mundialización”, sobre todo en el orden económico.

Para efectos de sostener nuestra posición en este trabajo, haremos la exploración de estos elementos desde el análisis de los procesos de integración del tipo comunitario y, particularmente, desde las obligaciones normativas impuestas a los estados que forman parte de éstos.

2.2. Constitución e integración.

Ahora bien, ya se ha visto cómo la globalización y sus manifestaciones concretas a nivel regional rivalizan con los principios políticos y jurídicos. Es necesario entonces examinar cómo el Estado constitucional de derecho ajusta su actuación para evitar la conculcación de su estructura jurídica influido por los objetivos que persiguen los procesos de integración que obligan a hacer ajustes en el texto constitucional; y, además, señalar qué principios –al menos algunos- se ponen en riesgo ante las obligaciones de los Estados que forman parte de un proceso de integración del tipo comunitario para acerca sus normativas a las regulaciones comunitarias.

2.2.1. Apertura constitucional a la integración

Las cartas constitucionales en la actualidad ciertamente contemplan cláusulas de apertura a las relaciones internacionales y, dentro de aquellas, a los procesos de integración. Además, por las características que reviste la integración comunitaria, señaladas en el capítulo anterior, se requiere la autorización expresa para que el Estado convenga con otros ciertas limitaciones de soberanía; para que proceda la transferencia de competencias soberanas a organismos internacionales; para que se acepte la imposición de “límites sustanciales” a la integración; y, para que se dé el establecimiento de criterios para la solución de conflictos normativos reglas de protección de la eficacia directa de las normas comunitarias¹²². En este sentido, incluso para concretar la vocación integracionista, los Estados han debido permitir la revisión constitucional para ajustar sus principios a los tratados fundacionales del proceso, como requisito previo para asumir las obligaciones que amerita tal esfuerzo¹²³. Pablo Pérez Tremps ha dicho lo siguiente:

Por una parte, y desde el punto de vista estatal, la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento, prevé, condiciona y limita los procesos de integración ya que éstos se llevan a cabo por los estados. Pero, a su vez, inserto un Estado en un proceso de integración supranacional, sus propias estructuras, incluidas las constitucionales, acaban viéndose afectadas por ese proceso de integración.¹²⁴

El autor en referencia, señala además, que los procesos de integración buscan, por su parte, su “constitucionalización”, es decir, la “sujeción a principios y valores constitucionales para evitar así que la renuncia de poder de los estados que comporta [la integración] no implique una pérdida de libertad y de democracia para los ciudadanos”.

¹²² Ver Francisco Rubio Llorente, “La integración supranacional”, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (directores), *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Fundación BBV-Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 722-723.

¹²³ Lautaro Ríos Álvarez, “Globalización, integración y Derecho Constitucional”, en Jan Woischnik (director), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2003, Konrad Adenauer Stiftung, 9na. Edición, Montevideo, 2003, p.p. 473-474.

¹²⁴ Pablo Pérez Tremps, “Constitución e Integración”, en Pablo Pérez Tremps (coordinador), *Integración, Política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 143.

Estaríamos, entonces, ante la “comunitarización” del derecho interno y ante la “constitucionalización” del derecho supranacional.¹²⁵

En definitiva, de lo que se trata es de lograr la convivencia pacífica en el mundo jurídico interno de las normas constitucionales que fundamentan todo el ordenamiento nacional con el interés y las finalidades y, concomitantemente, el aparato político y jurídico del proceso de integración, partiendo de las propias características que implica -y que lo diferencian del típico esquema de cooperación internacional-, que Pérez Tremps resume en tres: la creación de organismos comunitarios supranacionales con atribuciones normativas propias; la toma de decisiones al interior de estos organismos que rompe la clásica postura de la unanimidad y del consenso, propio de las relaciones internacionales típicas; y, la eficacia directa de las normas comunitarias dictadas en el marco de la competencias transferidas a la comunidad, aclarando que aunque constituyen el punto diferenciador en clave de regla general, permiten excepciones; es decir, no son absolutas.¹²⁶

En definitiva, tres serían los requisitos fundamentales que toda Constitución abierta a la integración debe reconocer: la habilitación para la creación de órganos comunitarios supranacionales; el reconocimiento de la jerarquía del Derecho Comunitario; y, el control de constitucionalidad de este nuevo ordenamiento jurídico.¹²⁷

Sin embargo, volviendo a Pérez Tremps, este autor al darnos las pautas sobre qué problemática entraña la integración en la dinámica constitucional, señala también unas limitaciones. Empieza exponiendo la idea fundamental de que la Constitución en sí misma es el límite a los procesos de integración, en el sentido que para incorporar un tratado internacional que fije compromisos tendientes a formar procesos de integración con las

¹²⁵*Ibíd.*, p. 143.

¹²⁶*Ibíd.*, pp. 142-143.

¹²⁷ Lautaro Ríos Álvarez, “Globalización, integración y Derecho Constitucional”, Op. cit., pp. 481-482.

características anotadas para ser del tipo comunitario, es preciso, como ya se explicó, que la Constitución permita expresamente tales cláusulas; si no fuera así, habría que reformarla siempre que el interés en la integración prevalezca en la voluntad política de los Estados, con el objetivo de para evitar las contradicciones que pudieran darse. Ahora bien, si por sí mismos los tratados fundacionales no son aptos jurídicamente para cambiar los textos constitucionales (supremacía constitucional) y, en tal virtud, sería el Estado a través de sus mecanismos constitucionales internos el que “module” o hasta “mute” los contenidos constitucionales para aceptar las cláusulas convencionales, existen los “contralímites”¹²⁸ que señala Pérez Tremps, “absolutamente irrenunciables por parte del Estado”¹²⁹. Aun cuando varían en cada ordenamiento jurídico, estos límites absolutos configuran el núcleo esencial del constitucionalismo y están en la idea de la existencia misma del Estado, el respeto a los derechos fundamentales y al respeto del principio democrático¹³⁰. La transgresión a estos principios constitucionales sería el desconocimiento de legitimidad jurídica de las normas comunitarias, y aún el propio límite para el reconocimiento de sus principios rectores, como la eficacia directa y la prevalencia en el ordenamiento interno.

2.2.2. Principios constitucionales en riesgo por la armonización tributaria

¹²⁸ “En efecto, desde los años setenta los tribunales constitucionales de los Estados miembros [en Europa] vienen desarrollando una jurisprudencia según la cual aceptan la primacía del Derecho comunitario en la ámbito [sic] interno, pero condicionan esta aceptación a que este Derecho supranacional no afecte a determinados valores y principios establecidos por el Derecho constitucional nacional, en cuyo caso los tribunales constitucionales nacionales se reservarían la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias. Estos valores y principios de naturaleza constitucional son lo que la doctrina italiana ha dado en llamar <<controlimiti>> y suponen de hecho, un límite a la integración europea en general y un límite a la primacía del Derecho comunitario en particular, dado que tienden a preservar la supremacía de ciertas normas constitucionales relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y la estructura constitucional del Estado. Todo ello, en el bien entendido de que la regla de la primacía sólo se aplicaría en el caso de competencias transferidas a las Comunidades. Es decir, un acto comunitario adoptado *ultra vires* no podría prevalecer sobre una norma de Derecho interno, sea o no de naturaleza constitucional”. Luis Ignacio Gordillo Pérez, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 43-44.

¹²⁹ Pablo Pérez Tremps, “Constitución e Integración”, Op. Cit., p. 148.

¹³⁰ *Ibíd.*

De manera general, el punto más controvertido que se aprecia cuando se miran procesos de integración en contraste con la ideología del constitucionalismo y sus elementos que configuran el Estado constitucional de derecho es la *atenuación* del concepto de monopolio jurídico estatal, debido a que con esto se puede abarcar la erosión de la soberanía como idea central definitiva del estado moderno -según se indicó en cuanto al fenómeno de la globalización-, y el consiguiente (supuesto) vaciamiento de las constituciones en relación a la pérdida de las garantías que forman la base de este constitucionalismo. Y en esta idea, desde luego, la marginación de la observancia central e irrestricta del respeto a los derechos fundamentales, que constituye, quizás, el centro de todo el constitucionalismo moderno, dado que de esta idea de los derechos fundamentales se derivan todas las instituciones y garantías plasmadas tanto en los textos constitucionales como en los instrumentos internacionales que los han reconocido, universal y regionalmente.

El profesor Gonzalo Ramírez Cleves, ya citado en este trabajo, señala que la globalización causa efectos en los elementos *fundamentadores* del concepto de Constitución¹³¹. Y aunque lo hace sin referencia a los procesos de integración, al ser éstos una manifestación de aquel fenómeno, podemos adecuarlos válidamente al análisis aquí propuesto. Él sostiene que esos elementos conformadores del Estado –nación se han transformado a partir del proceso de globalización, afectando el modelo constitucional contemporáneo. La Constitución, al estar conformada por un aspecto político-democrático y un aspecto jurídico de supremacía, “[...] se concibe hoy en día como una norma jurídica suprema que organiza políticamente un sistema democrático”. Los elementos estructurales del derecho constitucional moderno son entonces, el poder constituyente conformador, la separación de poderes, el control de constitucionalidad y la protección de derechos

¹³¹ Gonzalo Ramírez Cleves, “Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización”, Op. cit., pp. 204-205.

fundamentales; y, la supremacía de la norma fundamental; elementos que están siendo reconfigurados y hasta amenazados en su integridad, por los procesos *globalizantes*.

También Carlos Bernal Pulido es determinante y abona a este criterio cuando dice que

[I]a soberanía popular, la exigencia de legitimación jurídica y de límites al poder estatal, la división de las funciones públicas, la garantía de la libertad individual y de la igualdad, y los principios de legalidad y constitucionalidad, conforman un acervo constitucional irrenunciable. Ellos son elementos del Estado constitucional democrático que deben ser apreciados como una irreversible “adquisición evolutiva” desde luego también en América Latina. Estos principios representan conquistas del racionalismo que identifican la, así denominada por Habermas, sociedad postradicional. La Constitución democrática ha traído consigo una manera de legitimar el ejercicio de poder político que ha sustituido a la magia, al mito y a la fe religiosa, y que se apoya sobre todo en la relación de tensión y complementación entre los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular. Por esta causa, estos dos elementos se han convertido en indestructibles pilares básicos de la organización política de cualquier sociedad.¹³²

En su ensayo para una teoría general de la globalización y de la integración, Calogero Pizzolo ha hecho una importante aportación a esta discusión cuando señala cuáles son, en su parecer, los problemas que plantea la dimensión jurídica en los procesos de integración¹³³. Aun cuando no se vaya a dar respuesta ni mayor comentario a este planteamiento por rebasar los objetivos de este trabajo, sí resulta útil su propuesta para ubicarnos en el escenario previo a nuestra propia idea.

Este autor señala seis “parcelas de conocimiento” que enuncian los sendos problemas que se presentarían entre el Derecho Comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de un proceso de integración.

¹³² Carlos Bernal Pulido, “Democracia y globalización en América Latina”, en Gonzalo Ramírez Cleves (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 234.

¹³³ Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una Teoría General*, EDIAR, Buenos Aires, 2002, pp. 188 y ss.

En primer lugar, bajo la cuestión de la *convivencia normativa*, está el “problema de la soberanía”, que ya antes en este trabajo ha sido mencionado y que puede resumirse en la premisa de que bajo el mandato de órganos comunitarios que obligan a los estados a ciertas actuaciones, sobre todo normativas, se ha roto el concepto clásico de soberanía, asistiendo incluso a su desaparición como concepto político-jurídico. Anunciamos que no se comparte esta idea extrema respecto a la soberanía.

Una segunda cuestión planteada por Pizzolo es la que desarrollo el “problema de la integración normativa” entre los dos ordenamientos jurídicos, el interno constitucional y el comunitario, reconociendo, desde luego, que este último no tiene un ámbito autónomo de aplicación fuera de los propios Estados que forman parte del proceso de integración.

En tercer lugar está el “problema de la fuerza normativa” relacionado al fundamento jurídico para que los Estados estén vinculados a las obligaciones y derechos desprendidos de las normas internacionales.

Un cuarto problema para Pizzolo es el de la “jerarquía normativa” de las normas internacionales frente al sistema de fuentes interno; es decir, qué escala ocupan las normas emanadas de los compromisos internacionales respecto al ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros.

En un quinto espacio está el “problema del control de legalidad” en manos de órganos jurídicos internos sobre las normas internacionales y las obligaciones derivadas de su aplicación.

Finalmente, está el “problema del conflicto” y del sistema de solución de controversias, punto central, según el autor, para el éxito o fracaso de los procesos de integración.

Volviendo a referir la propuesta de Pablo Pérez Tremps, al señalar la incidencia del Derecho Comunitario sobre la Constitución, el español sostiene que la pertenencia a estos organismos supranacionales causa efectos sobre las estructuras constitucionales en mayor o menor medida, dependiendo el grado de profundización del proceso de integración; además, la relación entre estos dos ordenamientos jurídicos es tal que “el Derecho supranacional se nutre de categorías internas y no puede prescindir de ellas si quiere ser realmente eficaz, mientras que el Derecho interno debe acoger multitud de influencias del Derecho Supranacional”¹³⁴. Y los efectos que señala, sin que se agoten en esta enunciación, serían: i. sobre los poderes del Estado y la difuminación de los límites de sus competencias; ii. sobre la organización territorial del Estado; iii. sobre la denominada constitución económica; y, iv. sobre los derechos fundamentales.

Ahora bien, la propuesta de este trabajo consiste en analizar críticamente cómo la armonización normativa derivada de los órganos supranacionales, y particularmente en el orden tributario que ha sido descrita como elemento coadyuvante a los objetivos de los procesos de integración de tipo comunitario en el capítulo anterior, genera problemas en el orden constitucional interno de los Estados miembros obligados a su acatamiento en virtud de obligaciones internacionalmente relevantes. En este sentido, sintetizando los aportes señalados en este apartado por los autores citados y escogidos para efectos de un análisis que contemple la naturaleza de la institución comunitaria referida, se plantea a la soberanía, al principio de separación de poderes, al principio de legalidad, a la legitimidad democrática, y a la protección de los derechos fundamentales, en colisión con la armonización tributaria, señalando la estrecha relación presente entre estas instituciones. Así, por ejemplo, el principio de legalidad se cruza con el de legitimidad democrática, dado que quienes se *autoimponen* las obligaciones tributarias son los ciudadanos que

¹³⁴ Pablo Pérez Tremps, “Constitución e Integración”, Op. Cit., pp. 149-150.

ostentan la representación democrática en los órganos creadores de leyes y son, además, los titulares de la soberanía popular. De igual manera, como acertadamente lo ha propuesto Andrea Greppi, la representación, la separación de poderes y la opinión pública encuentra su confluencia en los modelos estatales contemporáneos¹³⁵.

2.3. El problema de la soberanía de los Estados frente a la armonización normativa

El problema de la soberanía puede plantearse así: ¿mediante el Derecho comunitario derivado se rompe el concepto clásico de soberanía del Estado, haciendo que el planteamiento de su propia naturaleza sea también revisado?

A pensadores como Jean Bodin o Jean Jacques Rousseau les debemos el concepto de soberanía absoluta, aunque entre ellos se distancian en su fundamentación. Para el primero, la soberanía radicará en idearios espirituales divinos y *iusnaturales*, mientras que para el segundo, la idea vendrá más bien del propio hombre. Sin embargo, ambos coinciden en que, como categoría política, la soberanía sirve en un plano interno del Estado, para explicar la impertinencia de aceptar otras fuerzas para su existencia y regulación; y, externamente para fundamentar la su existencia misma en el concierto de naciones¹³⁶. Desde luego que la idea vino derivada de las revoluciones liberales del siglo XVIII y XIX, como aporte de estos procesos al constitucionalismo moderno. Esa gran noción de que la soberanía radica en el pueblo es sin lugar a dudas de vertiente norteamericana, donde los habitantes de las colonias inglesas tenían, al momento, de

¹³⁵ Andrea Greppi, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

¹³⁶ Iliana Rodríguez Santibáñez, *La soberanía en tiempos de globalización*, Editorial Porrúa, México D.F., 2011, pp. 1 y ss.

poblar esas tierras receptoras de sus migraciones, ideas democráticas y de organización que se distanciaban de las que iluminaban las monarquías europeas¹³⁷.

El concepto de soberanía, desde esa primera elaboración doctrinaria, ha sufrido tantas reelaboraciones cuantos autores se han acercado a aquel. Parecería ser que su propia dificultad acarrea mayores esfuerzos por definirlo resultando tarea incompleta y hasta inútil. En todo caso, para lo que nos interesa, las líneas que quedan sentadas en los párrafos anteriores son suficientes, añadiéndose únicamente que esta concepción clásica, desde un punto de vista formal, se ha definido por tres características: poder supremo, por encima de cualquier otro poder; poder originario no derivado de ningún otro, “en la medida en que le ha sido otorgado por el pueblo”; y, poder independiente de cualquier otro¹³⁸.

El problema planteado respecto a la soberanía implica la discusión de si por los procesos de globalización, en los que hemos acordado poner a los de integración del tipo comunitario, y sus características de operatividad jurídica para alcanzar sus objetivos, este concepto absoluto de soberanía empieza a vaciarse de contenido, o incluso, a perder su esencia conceptual. Como ha quedado señalado, Pizzolo deja sentado el problema con la disyuntiva Estado soberano-ordenamiento supranacional¹³⁹. Por un lado estaría esa soberanía absoluta por la que un Estado está investido de competencias normativas y políticas exclusivas y excluyentes para su existencia y regulación interna; mientras que por otro, están los procesos de integración a los que el mismo Estado ha plegado que le obligan

¹³⁷ Respecto a los aportes que los procesos revolucionarios de independencia hicieron al constitucionalismo moderno, ver Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. Para una comprensión de las ideas democráticas en América del Norte, ver Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, décimo sexta edición, 2012, México, D.F.

¹³⁸ Gurutz Jáuregui, “Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. Edición, México D.F., 2002, p. 423.

¹³⁹ Calogero Pizzolo, Op. cit., p. 190.

a adoptar medidas normativas y políticas para el cumplimiento de los objetivos integracionistas.

Para este mismo autor, el concepto de soberanía ha sufrido un “desgarramiento” desde el momento mismo del aparecimiento del Derecho comunitario, a raíz de los esfuerzos por regular las relaciones europeas al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Otro factor de influencia sobre la idea de soberanía absoluta lo reconoce en el fenómeno de la globalización, que ya ha sido señalado en líneas superiores¹⁴⁰. Pero digamos que ese *fatalismo* que acusa Pizzolo sobre el concepto clásico de soberanía, ya tuvo que ser acusado cuando las relaciones internacionales entre los nacientes Estados modernos empezaba a germinar, lo que obliga a quitar el peso dramático de esta noción. Además, bajo la idea de un relacionamiento político interestatal, ya sea de simple cooperación y de diálogo intergubernamental, o ya sea de tipo integracionista, la soberanía, como categoría política, debe ser replanteada. Y solo debe ser replanteada y no abandonada por argumentos como los que nos da Jáuregui respecto a la necesidad de seguirse contando con Constituciones en los Estados que conforman procesos de integración, dado que la soberanía, contenida en las cartas fundamentales, resultaría imprescindible en el periodo de transición hasta la (utópica) configuración definitiva de un ordenamiento jurídico constitucional supranacional; y por cuanto para sociedades complejas y abiertas como las inmiscuidas en procesos de integración, requieren de ordenamientos jurídicos complejos y abiertos donde prevalezcan los principios constitucionales, como el de soberanía¹⁴¹.

En este sentido, cuando abordamos la integración como proceso de relacionamiento internacional, coincidimos en la idea plateada, entre otros, por César Montaña Galarza¹⁴², que señala que no se ve menoscaba la idea de soberanía en los procesos de integración,

¹⁴⁰*Ibíd.*, pp. 190-191.

¹⁴¹Gurutz Jáuregui, Op. cit., p. 431.

¹⁴² César Montaña Galarza, “Constitución del Ecuador e integración andina”, sin datos de publicación.

sino más bien que se afianza porque son los propios Estados miembros quienes se allanan a estos procesos de manera soberana; lo que implica decir, por nuestra parte, que no existe una transferencia de titularidad de la soberanía de los Estados a los órganos comunitarios, sino que su ejercicio es transferido a la institucionalidad supranacional porque así lo exigen sus objetivos y los principios que iluminan su juridicidad.

Se asume, entonces, una posición “*transformacionista*”¹⁴³, al considerar acertado el argumento de que los Estados ya no pueden sostener una soberanía absoluta e impermeable de nuevos elementos de decisión, pero que aún fundamenta las decisiones que se toman¹⁴⁴.

Krasner señala lo siguiente:

Esta postura no desconoce que la soberanía del Estado continúa siendo una característica del sistema nacional; sin embargo, también afirma que en la actualidad los límites territoriales de los Estados no coinciden con la extensión o los límites de la autoridad política sobre la economía y la sociedad, lo cual genera la transformación de la soberanía del Estado y la da (sic) lugar a la aparición de importantes formas de autoridad política fuera del mismo, que a su vez auspicia la aparición de múltiples fuentes de derecho. Dichas formas de autoridad política pueden hallarse en la periferia del Estado, es decir, en una multiplicidad de arenas institucionales, tales como el emergente régimen jurídico-privado transnacional, las nuevas organizaciones transnacionales (como las instituciones de la Unión Europea o la Organización Mundial de Comercio –OMC) y los tratados internacionales de derechos humanos. Como consecuencia de estas nuevas legalidades, la soberanía no necesariamente está erosionándose, sino que se está transformando.¹⁴⁵

¹⁴³Laura Saldivia, Op. Cit., p. 28. Esta autora describe tres posiciones asumidas por los tratadistas respecto al papel de la globalización frente a los Estados. Por una parte estarían los “hiperglobalistas”, para quienes la globalización es el último clavo en el féretro de los estados; luego estarían los “escépticos”, para los que nada ha pasado a la interna de los estados con los procesos de globalización; y por último, estarían los “transformacionistas”, para quienes “la globalización reconstituye, reformula y transforma el poder y la autoridad de los gobiernos nacionales, generando un nuevo régimen de soberanía estatal”.

¹⁴⁴Stephen Krasner, enmarcado dentro de los “escépticos”, considera que la soberanía ni se ha erosionado ni se ha transformado, dado que siempre se enfrentó a situaciones en que sus titulares, los Estados, no tuvieron tampoco el pleno control. Esta posición resulta interesante desde la perspectiva de dividir a la soberanía en dos grandes esquemas: por un lado, respecto al control; y, por otro a la autoridad y a la legitimidad. Por obra de la globalización, lo único afectado sería el pleno control de los Estados en las dinámicas económicas, políticas, culturales, etc., pero dejando intacta la autoridad y la legitimidad de los Estados. Stephen Krasner, “Globalización y Soberanía”, en Gunther Teubner, et. al., Op. Cit.

¹⁴⁵*Ibíd.*, p. 30.

En esta misma línea argumentativa, Stephen Krasner, al diferenciar las cuatro formas en que ha sido usado el concepto de soberanía (soberanía de la interdependencia, soberanía nacional, soberanía westfaliana y soberanía legal internacional)¹⁴⁶, termina aseverando que la globalización, y por derivación los procesos de integración, no están transformando la soberanía; y, que el argumento que explica la inexistente erosión del concepto tiene dos defectos: “[p]rimero, confunde una de las definiciones de la soberanía – control estatal efectivo- con otros significados del mismo término relacionados con la autoridad y la legitimidad; segundo, los argumentos sobre la globalización son miopes desde el punto de vista histórico en la medida en que implícitamente asumen la existencia de alguna época dorada en el pasado en que los Estados podían ejercer un control efectivo, ignorando así el hecho de que a fines del siglo XIX los flujos internacionales eran tan numerosos como lo son ahora”¹⁴⁷.

Entonces, mientras el Estado siga en control efectivo de las decisiones en los procesos de integración, como los de ajuste normativo interno a partir de normas comunitarias derivadas de armonización, el concepto de soberanía no sufre vulneración alguna. Por el contrario, al perderse este control, este “contralímite” constitucional impediría el avance de los procesos de integración, porque deberían excluirse del ordenamiento interno las normas y políticas violatorias del principio. Es decir, que, por ejemplo, si los órganos comunitarios actuasen superando sus competencias, atribuidas por

¹⁴⁶ Stephen Krasner, “Globalización y Soberanía”, en Gunther Teubner, et. al., *Op. cit.* Para este autor, la cuatro formas con las que el concepto de soberanía ha sido usado son: “1. Soberanía de la interdependencia, que es la capacidad de un Estado de controlar, de hecho, las actividades dentro de sus fronteras y más allá de ellas (incluido el movimiento de bienes, capital, ideas y vectores epidemiológicos); 2. Soberanía nacional, consistente en la organización de la autoridad en una comunidad política determinada; 3. Soberanía westfaliana, concepto que remite a la exclusión de autoridades externas, es decir, al derecho de un Estado a ser independiente de las estructuras de autoridad externa; 4. Soberanía legal internacional, que se refiere al reconocimiento de un Estado por parte de otro. Algunos entes son reconocidos por otros Estados, mientras que otros no. Este reconocimiento está asociado a la inmunidad diplomática y al derecho a firmar tratados y asociarse a organizaciones internacionales”. p. 143.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 147.

los propios Estados miembros, entonces sí estaríamos ante la violación de la soberanía en cualquiera de sus dimensiones. Y esto, en definitiva en estricta comunión con la idea de que la soberanía, en última instancia, recae en el pueblo quien debe ser el vigilante de toda actuación del poder público, al ser al mismo tiempo destinatario de toda su política. “La idea de soberanía que constituye sin duda su nota más característica y diferenciadora no debe centrarse en consecuencia tanto en el hecho de no reconocer a ningún otro poder como superior (en el *superiorem non riconoscere*) como en la circunstancia de que se trata de un poder que tiene en el pueblo su última y definitiva justificación”¹⁴⁸.

2.4. El problema de la separación de poderes frente a la armonización normativa

El punto focal del problema relativo a la separación de poderes frente a normas comunitarias de armonización recae en determinar si mediante las obligaciones contraídas por los poderes ejecutivos de los Estados miembros del proceso de integración del tipo comunitario se afecta la independencia de los poderes dado que quien debe asumir la incorporación de aquellas normas comunitarias son los poderes legislativos en los parámetros estrictos que le marcan los órganos comunitarios y, aún más, bajo las interpretaciones emanadas de los organismos jurisdiccionales de la comunidad.

Este principio de la división de poderes, con su análogo anglosajón del *checks and balances*, típico y fundamental del Estado de derecho, como modelo político ideal, y del constitucionalismo, como paradigma de construcción jurídica, consolidado en Francia, ha evolucionado lentamente a lo largo de la historia manifestando polémicas en la discusión de sus teorías por parte de defensores y detractores. Aunque claramente la propagación de

¹⁴⁸ Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, Op. cit., p. 180.

esta idea ha corrido a cargo de Locke y de Montesquieu, sus orígenes pueden remontarse hasta Aristóteles, Polibio, Cicerón y Tomás de Aquino, antes de llegar a los autores, inglés y francés, referidos¹⁴⁹.

De lo que tampoco quedan dudas es que constituyó un aporte básico al constitucionalismo moderno por parte de la Revolución Norteamericana y de la Revolución Francesa¹⁵⁰. En efecto, este sistema de frenos y contrapesos ya tiene un antecedente positivo moderno en la Constitución del Estado de Virginia de 1776, en la que se anuncia que los “Departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial deberán estar separados y distintos, de manera que ninguno ejerza los poderes pertenecientes a otro; ni persona alguna debe ejercer más de uno de esos poderes al mismo tiempo”¹⁵¹. Esta idea de control del poder político a través del equilibrio de funciones, que nace como un rechazo a los privilegios aristocráticos y al poder monárquico, y aún más, fue el motivo principal de la Revolución Francesa, va a difundirse en todas las repúblicas americanas en sus procesos de consolidación de sus modelos estatales. Y esta difusión va a estar marcada incluso dentro del discurso de los derechos humanos¹⁵².

Aunque su construcción *moderna* y posterior divulgación doctrinaria es tributo de los ideólogos del absolutismo que buscaban la limitación de los poderes hasta ese momento ilimitados del monarca, nadie puede dudar que constituye en la actualidad uno de los pilares en los que se sostiene el constitucionalismo. Vile ha sostenido al respecto que

[e]sta doctrina [la de la separación de poderes] junto al otro pilar del pensamiento político occidental –el concepto de Estado representativo–, constituye el fundamento

¹⁴⁹ Ver M. J. C. Vile, *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

¹⁵⁰ Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Op. cit.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 106.

¹⁵² “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”. Art. XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia.

principal de todos los sistemas de gobierno denominados <<constitucionales>>. Incluso en unos momentos en los que muchos rechazan que la doctrina de la separación de poderes deba inspirar la distribución del poder estatal, esta doctrina sigue siendo de una forma u otra la herramienta más útil para analizar los sistemas de gobierno occidentales, y la encarnación más efectiva del espíritu que subyace a estos sistemas.¹⁵³

Entre los elementos que configuran esta doctrina están: “el establecimiento de una división que distribuye a los elementos constitutivos del Estado en tres categorías: la legislativa, la ejecutiva y la judicial”¹⁵⁴; la existencia de tres “funciones” específicas del Estado, como verdad o “ley” sociológica “según la cual hay, en todos los sistemas de gobierno, tres funciones que se deben llevar necesariamente a cabo, tanto si recaen en una sola persona o grupo como si no lo hacen, y tanto se hay una división de estas funciones entre dos o más agencias como si no la hay”¹⁵⁵; la noción de “separación de personas” referida a “la recomendación de que las tres ramas del Estado estén integradas por grupos de personas separados y distintos, sin que un solo individuo pueda pertenecer simultáneamente a varias ramas”¹⁵⁶; la idea de procedimiento como freno al ejercicio del poder; y, la idea de “proceso” dentro del funcionamiento del Estado.¹⁵⁷

Con estas nociones históricas y doctrinarias es posible tener una idea de la problemática que enfrenta a este principio fundamental con la idea de organismos supranacionales condicionantes de los procedimientos y funciones del Estado, más si le añadimos la variable de que quien condiciona este equilibrio de poderes lo hace justificándose en objetivos de desarrollo económico y en compromisos internacionales de ineludible cumplimiento. Y este condicionamiento, además, no viene solo por vía de la formalidad de la norma comunitaria derivada, que por ser tal tiene vinculación jurídica

¹⁵³M.J.C. Vile, Op. cit. p. 2.

¹⁵⁴*Ibíd.*, p. 15. Este autor reconoce incluso que en las versiones más tempranas de la doctrina se tenía una división binaria y no tripartita. En la actualidad, en algunas constituciones americanas se rompe también esta clásica división y se amplía a otras funciones o ramas del poder público.

¹⁵⁵*Ibíd.*, p. 17.

¹⁵⁶*Ibíd.*, p. 18.

¹⁵⁷*Ibíd.*, p. 21.

plena en los ordenamientos internos, sino incluso por vía pretoriana como lo deja referido Philippe Marchessou para el caso del Tribunal de Justicia europeo, quien actuaría, a través de sus sentencias en las que interpreta y asegura la vigencia del Derecho comunitario, como un “poder legislativo secundario” en desmedro de la atribuciones constitucionales de los legislativos de los Estados miembros¹⁵⁸.

Quedó señalado que quien suscribe los tratados internacionales fundacionales de integración y, en definitiva, quien define la política de relaciones exteriores es el ejecutivo. Es también de esta función pública de donde provienen los miembros de los órganos supranacionales, por delegación o por mandato, que ostentan las facultades normativas comunitarias derivadas. Entonces, ¿qué papel cumpliría este equilibrio de poderes en el proceso comunitario?

Este principio que constituye un “contralímite” constitucional a ser observado con total celo por los *integracionistas*, obligaría a que el legislativo participe de la formulación de las políticas y de las normas comunitarias, de manera que, bajo reconocimiento de las atribuciones constitucionales propias del Ejecutivo, se evite la imposición de debates y discusiones en los que ya nada se pueda acotar dentro de los procedimientos internos de formación normativa. Lo que se buscaría, en último término es que las normas comunitarias derivadas que imponen la obligación de incorporación en la legislación interna en las condiciones discutidas en estos órganos supranacionales, tengan al menos la posibilidad de acompañamiento de los legislativos de los Estados miembros. De esta manera, el control político y el debate y deliberación interna quedarían de cierta manera

¹⁵⁸Pilippe Marchessou, “El tributo y la integración económica. El derecho supranacional. Especial referencia al Derecho comunitario europeo”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coordinadores), *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI (En Homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 1128.

asegurados, toda vez que los objetivos que se persiguen con la integración no son solo del Ejecutivo, sino que deberían formar parte del plan del Estado en su integralidad.

Ahora bien, este “diálogo interfuncional interno”, que se ha buscado también en Europa¹⁵⁹, debería ser extendido a la función jurisdiccional y la justicia constitucional, sobre todo en cuanto tenga que enfrentarse el problema de la primacía del Derecho comunitario frente a violaciones de derechos fundamentales con ocasión de su aplicación.

2.5. El problema de la legalidad frente a la armonización normativa

Este problema se plantea de la siguiente manera: al obligarse los Estados miembros de un proceso de integración del tipo comunitario a adoptar en sus legislaciones internas normativas comunitarias vertidas de los órganos supranacionales se está vulnerando el principio constitucional de legalidad, que enuncia que para materias definidas constitucional y legalmente se requiere la actuación de la función legislativa, de manera que el instrumento normativo que las regule sea, formal y materialmente, una ley.

El principio de legalidad, que constituye un elemento básico del Estado de derecho y es presupuesto de los otros elementos que lo integran¹⁶⁰, tiene varias aristas resumidas en la idea vertida de la Revolución Francesa que todo poder está sometido a la ley. Bajo la

¹⁵⁹ Pablo Pérez Tremps, “Constitución e Integración”, Op. Cit., p. 151.

¹⁶⁰ Humberto A. Sierra Porto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 153-154. Este autor señala como elementos constitutivos del Estado liberal o del Estado de bienestar las declaraciones de los derechos, la tridivisión del poder público, el principio de legalidad o imperio de la ley, el principio de tutela judicial y el principio de garantía patrimonial. Además el profesor colombiano plantea que “[l]a primera forma de concebir el principio de legalidad considera a éste como equivalente del *principio de juridicidad*. El principio de juridicidad es un concepto que determina las relaciones entre el derecho y los poderes públicos (principalmente la Administración), de tal forma que toda actuación de la Administración, de los funcionarios públicos, debe basarse en el derecho. La actuación de los poderes constituidos supone la existencia de normas jurídicas que los vinculen cuando actúan y de esta forma los someten al derecho. El principio de juridicidad, en este sentido, es un concepto genérico, más amplio que el de legalidad ya que incluye al principio de legalidad como una juridicidad cualificada, que opera cuando la fuente jurídica que sirve de fundamento a los poderes constituidos en la ley”. Op. cit. p. 157.

influencia rousseauiana, el Tercer Estado, al tomar el control de la Asamblea Nacional en 1789 en Francia, se proclamó como representante máximo de la Nación, lo que destruía el dogma de que el rey encarnaba en sí mismo toda la soberanía para imponer su mandato autoritario. Si esta asamblea comprendía a la nación entera y lo que se buscaba era romper el antiguo régimen, el producto político que de ella resultaba debía ser lo más importante para someter el poder público. Así, la ley, “una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales”¹⁶¹, sería la expresión de la voluntad general, a la que todos se sometían. Esto, desde luego, consagraba la superioridad del Poder Legislativo. Ese mismo axioma del *contractualismo* social más emblemático de que la ley es la expresión de la voluntad soberana general, derivó en la consagración, así mismo, del derecho de todos los ciudadanos de concurrir personalmente o por sus representantes a la formación de la ley, contenido en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que los revolucionarios franceses legarían a la humanidad. Esto condujo a proclamar también el principio de separación de poderes, siendo función exclusiva del legislador la promulgación de las leyes, actividad vedada al ejecutivo y al judicial. Como se ve, del principio de supremacía de la ley se derivaron la garantía democrática y la máxima de la separación de poderes¹⁶².

Y es que el punto central del constitucionalismo como ideología, desde sus orígenes, es el control del poder. Las limitaciones que el Derecho impone al ejercicio del poder, encuentra su mayor premisa en que la actuación del gobernante debe estar sometida

¹⁶¹ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, tercera edición, Pamplona, 2009, p. 146.

¹⁶² Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Op. cit.

a la ley (principio liberal del constitucionalismo), entendida en su plano formal pero también en el material; con lo que se amplía la cobertura de esta garantía de libertad a todo el ordenamiento constitucional¹⁶³.

Una vez constitucionalizado este principio, todo ordenamiento jurídico de tradición continental contiene cláusulas expresas que obliga a que sean los propios ciudadanos quienes se “autodeterminen” las decisiones más trascendentales de su vida social a través de los órganos legislativos de representación. Además de otorgársele a estos órganos de representación las competencias para deliberar y promulgar la normativa con rango legal, también las cartas constitucionales, suelen definir los procedimientos formales para su expedición. Se asegura, con esto, la rigidez que deben guardar estas leyes, en consonancia con la importancia de las materias reservadas para su regulación. Al respecto, Sierra Porto sostiene lo siguiente:

El principio de legalidad, a la vez que establece la forma como los servidores públicos y los poderes y órganos del Estado están vinculados por el derecho, sirve para asignar un papel de primer orden a la ley, como norma primordial del ordenamiento y que puede tener, dentro de los límites constitucionales, cualquier contenido, y en este sentido todas las materias son susceptibles de regulación por esta fuente. No obstante esta competencia general del Congreso de la República, o de manera más precisa, de la ley y de las normas con fuerza de ley, existen muchas disposiciones constitucionales que establecen un mandato al legislador, en el sentido que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por ley: “reservas de ley”¹⁶⁴.

Ahora bien, para abonar en la delimitación metodológica de este trabajo, es preciso circunscribirnos a una de estas materias reservadas a ley. Como extensión del principio de legalidad analizado está el de de legalidad en materia tributaria, que enuncia que para que

¹⁶³ Ver Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, décima edición, Madrid, 2011, pp. 24 y ss.

¹⁶⁴ Humberto Sierra Porto, Op. cit., p. 170.

exista obligación de tributar, ésta debe plasmarse en un texto legal debidamente discutido directa o indirectamente por sus destinatarios¹⁶⁵.

Este principio de legalidad tributaria, que exige la “aprobación de los órganos representativos de las prestaciones pecuniarias coactivas”, tiene sus orígenes remotos en Inglaterra, donde de un consenso individual para financiar guerras y conquistas reales, se pasó a un consenso colectivo para el financiamiento de las cruzadas y, concretamente, la emprendida por la cristiandad en contra de Saladino en 1188. Para el efecto, los reyes de Inglaterra y Francia, con la participación del clero y la nobleza de ambos reinos, deliberaron la imposición de un tributo que financie la campaña. Enrique II, en base a estos consensos iniciales, buscó que también en su reino y con los habitantes de las ciudades más importantes se logre el consenso necesario para la aplicación de este tributo, que resultaba gravoso para la época. Lo que quería el soberano era alcanzar la anuencia total para el pago de esta carga tributaria¹⁶⁶.

Uckmar identifica, además de lo ya referido, otros antecedentes en los que se introdujo el consenso para legitimar el pago de tributos, discusiones todas dadas en el marco de conquistas, guerras o rescates, para los que tenían que contribuir por igual nobles y clero. Y el punto culminante que la doctrina y la historia suele identificar como el “antecedente constitucional” de este principio es la *Carta Magna* de 1215. Uckmar dice que

¹⁶⁵ La Constitución de la República del Ecuador “aligera” este principio, creemos que de forma conveniente, al establecer como principio que “[s]ólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos”, descartando la idea que tradicionalmente en nuestro sistema se venía aceptando de que para todo tributo se requería de ley, ya que en virtud de la garantía institucional constitucionalmente prevista de la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, éstos pueden, por acto normativo de órgano competente, “establecer, modificar, exonera y extinguir tasas y contribuciones” (artículo 301).

¹⁶⁶ Víctor Uckmar, *Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pp. 9-10.

[d]urante el reinado de Juan Sin Tierra, los barones –sobre todo por la gravosidad de los tributos y las injusticias cometidas para recaudarlos- se rebelaron y con la fuerza de las armas reclamaron determinadas concesiones en tutela de sus derechos. El rey no pudo rehusarse a suscribir el texto que se le presentó como definitivo, conocido como Carta Magna.¹⁶⁷

Aun cuando este hecho histórico marca el origen del absolutismo moderado inglés y puede considerarse como el hito que marca la historia del constitucionalismo universal, no puede considerarse como el antecedente más remoto de una declaración de derechos, dado que lo único que configuró fue “la formalización de privilegios de las clases dominantes en el régimen feudal”¹⁶⁸, por lo que estaba excluido de estas “libertades” el pueblo en general. Esto, sin embargo, no le quita su importancia en la historia constitucional al ser el primer intento para limitar el poder con el establecimiento de los principios jurídicos universales que serían construidos posteriormente hasta nuestros días¹⁶⁹.

En todo caso, bajo las cláusulas de este documento emanado de un órgano cuasi legislativo, se requería del consenso general de los representantes del *communeconsiliumregis* para el establecimiento de tributos; es decir, que “[...] el rey, en vez de imponer con su autoridad prestaciones financieras, debía obtener el consenso previo de los representantes de las naciones”¹⁷⁰.

¹⁶⁷*Ibíd.*, p. 11.

¹⁶⁸Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Op. cit., p.34.

¹⁶⁹ “La Carta Magna, en todo caso, fue uno de los muchos ejemplos de expresión formal de estipulaciones entre el rey y los señores feudales, como también lo fue la *Charta Foresta* de 1217. Así, la Carta Magna debe considerarse como un *stabilimentum* o acto formulado por el rey, el clero, la nobleza, los terratenientes (barones) y los comerciantes, en conjunto, en lo que podría considerarse como un naciente poder legislativo, y que se expresó formalmente en un documento probatorio que se denominada *Cartam*, aunque su nombre original era *CartamLibertatis* o *Carta Baronum*”: Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Op. cit., p. 35.

¹⁷⁰ Víctor Uckmar, Op. cit., p. 11.

Este principio del consenso se haría extensivo en el tiempo, en Inglaterra, y en el espacio, en otros Estados europeos. En España, el antecedente es un documento de 1091, del que se infiere que el soberano solicitaba a sus súbditos el consentimiento para imponer un tributo. Posteriormente, al volverse los tributos más gravosos, se evoluciona a la idea de que se justifique el destino de los recaudos, apareciendo la idea del gasto público. En Francia, el principio aparece en la *Constitution de les Étatsgénéraux* de 1314, por la que los estados fueron llamados reiteradamente a aprobar tributos para financiar las campañas militares. En Italia, la aplicación de los tributos devenidos de la costumbre, también debía contener el consentimiento de los señores feudales. Aquí es de resaltar la existencia del consejo de los cónsules y de la asamblea popular, para la toma de decisiones importantes, como la de aprobación de emolumentos fiscales.¹⁷¹

Las constituciones modernas contemplan la “reserva de ley” en materia impositiva¹⁷². Es decir que para crear, modificar o extinguir tributos y configurar todos sus elementos *estructurantes*¹⁷³, hace falta el órgano y el procedimiento habilitado constitucionalmente para proferir leyes. Esto es conocido como *poder tributario* o de creación de tributos, que se definiría como la facultad de crear tributos sin aquiescencia de los administrados, con o sin contrapartida específica y divisible por parte del Estado, y que obtiene su fundamento político en el poder de imperio, en virtud del cual, en interés de los asociados, el Estado queda investido de la atribución de imponer reglas de forzoso acatamiento en el orden interno.

En este punto es donde se pone el énfasis en el análisis propuesto. Si bajo la construcción histórica y doctrinaria tanto del principio de legalidad cuanto del poder

¹⁷¹*Ibíd.*, pp. 13-14.

¹⁷² Ver al respecto la reseña que hace el profesor Uckmar en la obra citada, pp. 33 y ss.

¹⁷³ Se ha hecho mención a que este principio cabe con absoluta aplicación en el caso de los impuestos y no de otros tributos cuya creación, modificación y extinción puede darse por normas infra legales. Además, el Código Tributario ecuatoriano hace la diferencia entre legalidad y reserva de ley, en sus artículos 3 y 4.

tributario, no es posible que otro órgano investido de poder público que no sea aquel que ostente la representación popular para emitir normas legales ni que bajo otro procedimiento que no sea el de formación de la ley, se creen, modifiquen o extingan impuestos, cómo puede aceptarse la idea de que órganos sin esa representación y sin competencias funcionales para la formación de leyes puedan obligar a los Estados a adecuar su legislación impositiva.

Si examinamos lo dicho en el capítulo anterior, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de Plenipotenciarios de la Comunidad Andina, que son los órganos supranacionales creados por los Estados miembros de la CAN que dictan normas jurídicas de derecho comunitario derivado con fuerza vinculante, podemos percatarnos que carecen de representatividad popular, dado que sus miembros son funcionarios de los ejecutivos nacionales, a los que se les ha encomendado tareas normativas tendientes a alcanzar los objetivos de la integración. Sus procedimientos para esta emisión de normas también se alejan totalmente de los procedimientos constitucionales para la formación de leyes.

Este “contralímite” constitucional de la legalidad tributaria impediría, en primer término, que las decisiones de los órganos comunitarios supranacionales se impongan sin mediar una trasposición a los ordenamientos internos en materias que, como la tributaria (excepto la aduanera), no han pasado a competencia plena de estos organismos de integración, bajo observancia incluso del principio de competencia de atribución. Esto implica decir que si no existe trasposición normativa, las normas de armonización tributaria no surtirían efecto jurídico alguno en los ordenamientos internos de los Estados miembros, constituyéndose ésta en una excepción al principio de aplicación directa del derecho comunitario. Sin embargo, bajo la *Doctrina estoppel*, desarrollada en la jurisprudencia comunitaria europea, los ciudadanos de un Estado miembro del proceso

comunitario pueden invocar a su favor las normas del derecho comunitario que no hayan sido incorporadas al derecho interno por incumplimiento de su país, con lo que las normas de armonización tributaria pueden llegar a tener aplicación directa en el caso concreto, aun sin mediar trasposición al derecho interno, cuando los beneficie pero no cuando los perjudique, con la condición de que se verifique el incumplimiento del Estado y que la norma comunitaria no esté sujeta a condición o plazo de cumplimiento.

Para el profesor Mauricio Plazas Vega¹⁷⁴ es claro que el principio de legalidad, que él llama de *reserva de ley*, en la actualidad no se limita a los objetivos anteriores de protección del derecho de propiedad ni al del control político del poder legislativo sobre las actuaciones administrativas del ejecutivo, sino que deviene en tutelar, bajo la *legitimidad democrática*, un sistema tributario justo que prevenga sobre todo la capacidad contributiva de los ciudadanos a los que se dirige. Reconoce, sin embargo, que este principio no puede obstar el cumplimiento de las obligaciones que los Estados miembros de un proceso de integración del tipo comunitario asumen en los tratados fundacionales; y, que una aplicación directa y efecto directo del derecho tributario comunitario derivado va a ser posible únicamente cuando exista un órgano supranacional de representación popular con facultades expresas para legislar sobre la materia, realidad que no se ha dado en ningún proceso hasta la actualidad¹⁷⁵.

Este reconocimiento de la inexistencia de un poder tributario comunitario -salvo el caso de aranceles o derechos antidumping- que hace Plazas Vega, termina en la conclusión, a la que adherimos, de que por más objetivos que se puedan establecer en los tratados fundacionales de los procesos de integración, no se puede pasar por alto “la

¹⁷⁴ Mauricio Alfredo Plazas Vega, “Derecho Tributario Comunitario. ¿Hay un poder tributario de las comunidades supranacionales? ¿Cómo incide el Derecho Tributario Comunitario en el principio de reserva de ley?”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coordinadores), *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI (En Homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 1134.

realidad ni los principios universales que informan la convivencia de los hombres y su sujeción al poder político y al Derecho”, sobre todo en materia con tanta sensibilidad en la ciudadanía, como el de los tributos. Este autor sostiene que

[d]e ahí que las pretensiones de unificación de las normativas internas de los Estados miembros mediante actos jurídicos o de poder proferidos por los organismos comunitarios con el objeto de lograr en forma inmediata e incontestable los fines comunitarios, irremediamente se agreguen al sinnúmero de ilusiones que de manera recurrente fluyen a lo largo de la historia del Estado y del Derecho.¹⁷⁶

Así, para este autor, el tema de la armonización tributaria en relación a un poder tributario comunitario derivado, arroja unas conclusiones que, por su claridad y pertinencia, son acogidas para nuestra explicación. Por un lado, el principio de prevalencia del Derecho Comunitario no justifica la trasgresión de principios y garantías universales superiores que trascienden el ámbito interno. Si se le quiere dar esa potestad a la comunidad ya su derecho para que se transforme en fuente de derecho tributario, es necesario contar con la estructura legislativa comunitaria donde exista representación popular. Ahora bien, con estas consideraciones, el solo hecho de ponerse en vigencia normas comunitarias de armonización, bajo la formalidad exigida por los tratados fundacionales, no le otorga el poder de desplazar el ordenamiento jurídico interno, exigiéndose un procedimiento de trasposición o incorporación, “ y no por el hecho de que no lo hagan [en las condiciones o plazos establecidos], puede entenderse que obligan y comprometen a los súbditos de los Estados miembro (sic) por la sola circunstancia de su expedición y promulgación”; esto sin perjuicio de la referida *doctrina del estoppel*, por lo que siempre habrá un efecto directo de las normas comunitarias, aun cuando no siempre una aplicación directa. Finalmente, esa garantía de la *reserva de ley*, que se mantiene en vigencia, no se ve comprometida con la posibilidad de que los órganos comunitarios

¹⁷⁶*Ibíd.*, p. 1135.

condicionen ciertos contenidos, con lo que más allá de los parámetros constitucionales para la tributación, habrá que reconocer otros en estas normas comunitarias derivadas.¹⁷⁷

2.6. El problema de la legitimidad democrática frente a la armonización normativa

Este problema, en íntima y estrecha relación con el del principio de legalidad, se enuncia así: ¿es posible que órganos comunitarios supranacionales que no ostentan representación democrática plena puedan obligar a los poderes públicos de los Estados miembros de los procesos de integración a adoptar medidas normativas que tienen efectos en la ciudadanía?

Uno de los aporte a la legitimización del modelo constitucional moderno, es el consenso y aceptación de los pueblos sobre las decisiones tomadas por quienes ellos entregan la autoridad en la conformación de las organizaciones políticas, es decir, la vigencia de la democracia.

Esta otra arista de la ideología del constitucionalismo, que constituye el principio democrático, está derivado de la teoría *contractualista*, entendida en su variable de traslación y no de concesión¹⁷⁸, estableciéndose, así, el Estado, bajo el célebre “contrato social”, creación doctrinaria del *iusnaturalismo* racionalista de Grocio, Hobbes, Locke, Kant, Rousseau, etc., fundamento del Estado constitucional moderno.

En este aspecto, es ilustrativa la descripción que hiciera Alexis de Tocqueville en su clásica obra de la ciencia política *La democracia en América*¹⁷⁹, cuando recorriendo las

¹⁷⁷*Ibíd.*, pp. 1186 a 1192.

¹⁷⁸ Las doctrinas contractualistas, en su planteamiento original, se entendieron desde dos puntos de vista: el *concessio* o concesión definitiva del poder por parte del pueblo al gobernante; y el *traslatio* o traslación simple de aquel, que podría romperse cuando el gobernante desconociese las condiciones del pacto, evitándose así, la implantación de dogmáticas y prácticas tiránicas.

¹⁷⁹ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Op. cit.

antiguas colonias inglesas en el norte de nuestro continente, ve maravillado cómo los pobladores de éstas gozaban de las libertades que no se habían consolidado aún en Europa, libertades que configuraban incluso desde la época de dependencia de la metrópoli inglesa, un germen de democracia, al carecer estos migrantes de ideas de superioridad de cualquier clase cuando abandonaron Europa y llegaron al Nuevo Mundo y compartir los motivos comunes por los que dejaron sus patrias de nacimiento. En todas las colonias inglesas, señala Tocqueville, “[...] y ésta fue una de las principales causas de su prosperidad, han gozado siempre de más libertad interior y de más independencia política que las colonias de los demás pueblos [...]”¹⁸⁰. Tanto fue así que

[L]os principios generales sobre los que descansan las constituciones modernas, principios que la mayor parte de los europeos del siglo XVII comprenden apenas, y que triunfaban entonces imperfectamente en la Gran Bretaña, son todos reconocidos y fijados en las leyes de la Nueva Inglaterra: la intervención del pueblo en los negocios públicos, el voto libre de impuestos, la responsabilidad de los agentes del poder, la libertad individual y el juicio por medio de jurado, son establecidos sin discusión y de hecho.¹⁸¹

Esta idea de democracia se asienta en el concepto de soberanía del pueblo, con el que se sustituye el viejo paradigma de la legitimidad monárquica absoluta, fruto de la Revolución Americana. Con la independencia de las colonias, se puede entonces aceptar que se inauguró el gobierno democrático en el mundo moderno, lo que le llevaría a decir a Tocqueville que Norteamérica es la tierra de la democracia. Esta construcción ideológico política pasaría enseguida a los revolucionarios en Francia con poquísima duración al restaurarse la monarquía en 1815; y, finalmente permeará también los procesos independentistas suramericanos, donde a partir de las ideas de Bolívar en la construcción

¹⁸⁰*Ibíd.*, p. 59.

¹⁸¹*Ibíd.*, p. 61.

de las naciones libertadas, el republicanismo y el *asambleísmo* serían una constante a partir de estos hechos históricos¹⁸².

El paradigma de la voluntad popular que señala que las decisiones son tomadas en el seno del poder soberano se ve matizado por la idea de la “desconfiguración” de la ciudadanía en los procesos económicos globales, como ya lo pone en discusión Pedro de Vega García, como queda referido, cuando dice que ese *ensanchamiento* de lo económico no tiene una contrapartida en lo político, con lo que el concepto de sociedad civil, entendida como complemento del Estado y no como su exclusión, donde se ejercen los derechos de ciudadanía, entre en crisis en las sociedades globalizadas. No es posible aceptar en el momento actual que a escala universal se encuentre un espacio donde los ciudadanos hagan escuchar sus voces para la toma de decisiones. Queda evidenciado que tampoco en los espacios de integración, por más comunitario que quiera ser, es posible la intervención directa de los ciudadanos que, en definitiva, son el objetivo de cualquier política pública que busque el desarrollo social. De Vega García concluye diciendo que “[d]ifuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (que es a la postre donde radica la esencia de la ciudadanía), ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia”¹⁸³.

Sin embargo, tampoco es dable el argumento fatalista de que la sociedad civil, frente a la globalización y sus manifestaciones, se ve abocada al estrepitoso fracaso que anuncia el propio De Vega García¹⁸⁴. De lo que se trataría es de rescatar el papel del Estado en cuanto reivindicación, tutela y protección de los derechos de sus ciudadanos.

¹⁸² Allan Brewer-Carías, Op. cit., pp. 94 y ss.

¹⁸³ Pedro de Vega García, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, Op. cit., p. 170.

¹⁸⁴ Ver Geoffrey Brennan, “Globalización y diversas formas de democracia”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. Edición, Quito, 2009, pp. 161 y ss.

Los procesos de globalización en los que podemos enmarcar a los de integración son acusados de adolecer de déficit democrático, dado que por las características propias de los sistemas constitucionales de los Estados miembros son los jefes de la función ejecutiva, revestidos de tantas y tales facultades que configuran el llamado *hiperpresidencialismo*, quienes llevan a cabo las negociaciones económicas exteriores. Estos ejecutivos, por sí mismos o por interposición de sus delegados, acuerdan las condiciones en que se suscribirán los tratados fundacionales. Además, conformarán, como ha quedado referido, los organismos comunitarios supranacionales de los que emanarán las normativas jurídicas vinculantes que deberán ser adoptadas directa o indirectamente por los ordenamientos jurídicos internos. Es así, entonces, que se remarca la idea de ese déficit democrático, dado que la legitimidad democrática del ejecutivo, aun cuando éste responde directamente al pueblo, no reúne la suficiente representatividad de la sociedad.

Este problema de déficit democrático ha sido señalado en la subregión andina¹⁸⁵, donde uno pudiera pensar que los pocos avances en el proceso de integración pueden ser los responsables de este tema; sin embargo, también en Europa se ha señalado como un punto de inflexión dentro de su particular crisis¹⁸⁶. En este sentido, el punto común para definir el problema es la falta de participación de la sociedad civil en los procesos de integración, particularmente en la subregión andina. Esto provoca una falta de identidad y sentido de pertenencia y el desconocimiento del proceso. Como derivación de esto, a pesar de las reformas que se han planteado en la institucionalidad y en el ordenamiento comunitario andinos, sus órganos todavía adolecen de falta de legitimidad democrática y acusan falta de control político. Es decir, que el proceso de integración se ha venido

¹⁸⁵ Ver: Parlamento Andino, "La necesidad de una reforma a la Comunidad Andina", en Aldo Olano Alor (editor), *Política exterior y política común. Experiencias en la integración andina*, Parlamento Andino-Universidad Externado de Colombia, 1ra. Edición, Bogotá, 2012.

¹⁸⁶ Eduardo Pastrana Buelvas, "Problemas y perspectivas de la profundización de la Unión Europea", en Eric Tremolada Álvarez, *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración. Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 1ra. Edición, Bogotá, 2008.

construyendo a través de disposiciones emanadas de los poderes ejecutivos de los Estados miembros y no de la sociedad en su conjunto. Más allá de un papel consultivo, en los Consejos Laboral y Empresarial, la sociedad civil carece de mecanismos de participación, no siendo tampoco escenario adecuado el Parlamento Andino por su particular conjunto de atribuciones, a pesar de tener una mayor legitimidad democrática en su composición¹⁸⁷.

Dentro de un esquema de fuentes normativas de derecho, mientras más cerca está la soberanía popular de la creación normativa, más legítima será la norma expedida. De ahí que el espacio jerárquico ocupado por la Constitución sea el superior dado que quien la expide es el pueblo soberano de manera directa (bajo los mecanismos electorales y plebiscitarios que correspondan)¹⁸⁸; luego estarán las leyes, dictadas por los representantes de ese poder soberano del pueblo, actuando éste, por ende, indirectamente a través del legislativo electo para tales fines representando en la pluralidad de su configuración, a todos los ciudadanos; finalmente, estarán las actuaciones normativas del ejecutivo y del judicial; el primero, con representación democrática, desde luego, pero que por el juego de las mayorías ya no estaría legitimado en su totalidad por la ciudadanía electora.

Obviamente que el propio diseño constitucional busca darle la legitimidad democrática suficiente a las actuaciones políticas y de gobierno de la función ejecutiva, a través de cláusulas que obliguen al debate y a la discusión en los órganos de representación popular. Es así, a manera de ejemplo, que en el caso que venimos abordando de los procesos de integración, la Constitución de la República del Ecuador dispone que se requerirá de la aprobación previa de la Asamblea Nacional, como órgano legislativo, la ratificación o denuncia de los tratados internacionales que se refieran, entre otros temas, a

¹⁸⁷ Parlamento Andino, "La necesidad de una reforma a la Comunidad Andina", Op. cit. pp. 273 a 275.

¹⁸⁸ Acertadamente De Vega García sentencia que "[e]l principio político de soberanía popular se transforma en el principio de supremacía constitucional". Pedro de Vega García, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", Op. cit., p. 184.

la atribución de competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional¹⁸⁹, en una clara intención de dotarle de legitimidad democrática a estas actuaciones.

Pero también la doctrina ha sugerido otros caminos para cuidar el principio democrático frente a manifestaciones de la globalización. Carlos Bernal Pulido¹⁹⁰, al preguntarse si la democracia representativa ha logrado resolver adecuadamente en América Latina sus tensiones con otros principios constitucionales importantes, nos dice que será importante vigilar que la función de control político por parte de los legislativos de los Estados miembros se fortalezca, de manera que ese grado en el otorgamiento de atribuciones que se le da a los ejecutivos equilibre el “desmonte de las reservas de ley”, dado que cada vez más se acentúa el papel legislador de los jefes de gobierno en materias técnicas y económicas. Esta sería, en definitiva una de las opciones para remarcar el papel de la democracia representativa, dado que las asambleas o congresos gozan de la suficiente legitimidad democrática para representar la soberanía popular.

De lo que se trata en definitiva es de cuidar que este principio sea resguardado de toda vulneración que pueda provocarse en el devenir de los procesos de integración que buscan alcanzar sus objetivos. Sin embargo, siempre quedará latente el cuestionamiento de si esos órganos comunitarios supranacionales sin representación democrática de los ciudadanos pueden obligar a la toma de decisiones en aspectos tan sensibles como el de la tributación. De ahí que también bajo este principio se justifica la exigencia de actuación legislativa interna en la incorporación de regulaciones surgidas de normas comunitarias derivadas de armonización legislativa.

¹⁸⁹ Artículo 419.

¹⁹⁰ Carlos Bernal Pulido, “Democracia y globalización en América Latina”, Op. cit., p. 223.

2.7. El problema de la protección de los derechos fundamentales frente a la armonización normativa

Este problema implica preguntarse si el Derecho comunitario, a pesar de sus principios rectores, encuentra límites en la tutela y garantía efectiva de los derechos fundamentales.

Para abordar este último apartado tomaremos la idea de derechos fundamentales, como *leyes del más débil*, de Luigi Ferrajoli, quien, como definición teórica, puramente “formal o estructural”, dice que son derechos fundamentales

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<*status*>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹⁹¹

Esta idea de “valores intangibles que permiten realizar una potestad determinada y que posibilitan defenderse de una limitación por parte del poder, ejercer una potestad determinada o exigir una prestación básica”¹⁹², puede no requerir su positivización en textos normativos expresos; de ahí la idea de “derechos humanos, previos y anteriores a concepciones políticas o jurídicas de corte universal y, por lo tanto, no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”¹⁹³. Y es cuando, bajo fundamentos *contractualistas*, que estos derechos universales se vuelven fundamentales bajo la idea de

¹⁹¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 2da. Edición, Madrid 2001, p. 37.

¹⁹² Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 115.

¹⁹³ Luigi Ferrajoli, op. cit., p. 39.

que son parte consustancial, en clave de límites al poder constituido, de toda constitución moderna¹⁹⁴. Y aun cuando en esas primeras versiones de constituciones no se preveía expresamente la carta de derechos y ésta más bien era política que jurídica en su vinculación, sí se dejó sentada la idea de que el poder político tenía un claro límite en los derechos de los ciudadanos.

También serán, entonces, un legado de los revolucionarios norteamericanos y franceses, la idea de que existen valores superiores de los hombres y mujeres solo por ser tales, y cuyo reconocimiento no depende del orden social asumido, sino que su inalienabilidad y universalidad manan de la naturaleza inherente del ser humano¹⁹⁵. Es decir, que el Estado y sus leyes, aun cuando los reconocen y declaran, no los establecen. Lo que equivale a decir que esos valores superiores constituyen el límite de actuación legal y político de los poderes públicos del Estado, que se ven restringidos por la vigencia y protección efectiva de esos derechos. Como lo sostiene Ferrajoli, “los derechos fundamentales sancionados en las constituciones –de los derechos de libertad a los derechos sociales- operan como fuentes de invalidación o de deslegitimación más que de legitimación”, “[...] existiendo como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de

¹⁹⁴ Piénsese en el artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, ya referido, que establecía que “[t]oda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”. Por su parte Ferrajoli sostiene que “[...] podemos decir que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea de contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia”. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit. p. 53.

¹⁹⁵ Allan Brewer-Carías, Op. cit., p. 193.

límites y de vínculos supraordenados a él. Por tanto, no se trata de <<derechos del Estado>>, <<para el Estado>> o <<en interés del Estado>>, como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos *hacia* y, si es necesario, *contra el Estado*, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”¹⁹⁶. De aquí que toda carta constitucional moderna haga mención a esos valores superiores y que bajo la construcción constitucionalista, que prevé la existencia concomitante de garantías de cumplimiento, sean de observancia y aplicación efectiva sin necesidad de desarrollo normativo secundario para su plena protección.

Para explicar el papel que cumple el control constitucional respecto a la democracia, el profesor Bernal Pulido también aporta a la idea de que los gobiernos de turno, y en definitiva el Estado, “deben estar atados al mástil que representan los derechos fundamentales y las reglas del juego político establecidas en la Constitución, para que no sucumban ante los cantos de sirena provenientes de las coyunturas políticas”¹⁹⁷. Aceptar la ruptura de este dique sería abonar para cuestionar la existencia misma del Estado que se justifica precisamente en la protección de los derechos fundamentales y en la garantía de máxima eficacia.

Esta *garantía ampliada* respecto a que los derechos fundamentales son el límite final de los poderes públicos, incluso actúa a nivel constitucional, como límite del poder constituyente, reconociéndose su intangibilidad y universalidad anterior a cualquier modelo político constitucional¹⁹⁸. Si este límite opera hasta ese nivel superior del

¹⁹⁶ Luigi Ferrajoli, Op. cit. pp. 52-53.

¹⁹⁷ Carlos Bernal Pulido. “Democracia y globalización en América Latina”, op. cit. p. 225.

¹⁹⁸ Ver Gonzalo Ramírez Cleves, Op. cit., que concluye que “[...] el poder constituyente es un poder limitado por garantías democráticas como los derechos fundamentales que desarrollan, dan base y sentido a la organización constitucional y estructuran el Estado democrático de derecho. Afirmar lo contrario sería deslegitimar el propósito mismo del poder constituyente y de la Constitución.” p. 130. También, del mismo autor, *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

ordenamiento jurídico, ¿cómo se podría negar que también esté en el plano de los ordenamientos supranacionales de integración?

Se entendería que al ser los procesos de integración “comunidades de derecho”, deben ser fieles observantes de los derechos fundamentales en sus construcciones institucionales y normativas. Y ciertamente que en el caso de Europa y de la subregión andina, a pesar de un déficit en los primeros tratados fundacionales, han tratado casi desde su inicio de plasmar en sus actuaciones la consideración a la protección de derechos humanos, a través de los pronunciamientos de sus órganos jurisprudenciales, como ya es signo distintivo de su construcción doctrinaria, hasta llegar a plantear declaraciones de derechos en el marco de la integración comunitaria¹⁹⁹.

Tendríamos así, entonces una doble vía para encontrar asidero en la tesis de que todo proceso de integración del tipo comunitario debe observar la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos que forman la “dimensión humana de la integración”. Por un lado, la idea de que esos valores son anteriores a cualquier orden político y jurídico y, por tanto, constituyen los límites a las actuaciones de los poderes públicos; y por otro, que dentro de los mismos procesos comunitarios deben ser observados los derechos fundamentales como garantía final del cumplimiento de los objetivos que se persiguen.

Es posible sostener entonces que toda actuación estatal y por ende, por derivación, las ejercidas en el ámbito jurídico internacional, tienen su límite en los derechos fundamentales, por lo que no cabe, que bajo el pretexto del desarrollo económico, se pase por alto el respeto y tutela de los derechos de los ciudadanos. Estos, los derechos fundamentales, serán por tanto, el límite absoluto y último de toda actuación estatal, sea

¹⁹⁹ Luis Ignacio Gordillo Pérez, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, op. cit. p. 108.

interna como frente a otros Estados, sin que sea admisible interpretaciones desde otras categorías doctrinarias.

Esto desde luego debe ser extendido y proyectado a las actuaciones, tanto de los órganos comunitarios supranacionales cuando expiden normativa derivada, como en los órganos internos de los Estados miembros que deben adoptar, con beneficio de inventario, las directivas de esa normativa para incorporarlas a los ordenamientos internos, sobre todo con una trascendencia en los derechos de tipo social, que guardan estrecha relación con el componente económico y particularmente tributario de la dinámica integracionista²⁰⁰.

Haciendo una revisión de lo hasta aquí señalado, es posible determinar que los estos procesos de integración analizados en el primer capítulo de este trabajo ocasionan el repliegue de los temas constitucionales al enfatizar la variable económica en desmedro del plano político y jurídico de los Estados. No obstante, al ser éstos quienes en definitiva son los titulares de esa voluntad, deberán seguir sosteniendo la batuta sobre los procesos asumidos desde su ordenamiento constitucional, de manera que no se vean afectados los principios constitucionales *fundamentadores* del constitucionalismo contemporáneo.

En este sentido, a pretexto de incursionar en la armonización tributaria, como instrumento para alcanzar los objetivos de la integración, se pone en peligro los elementos constitutivos del constitucionalismo contemporáneo, como la soberanía, el principio de legalidad, el de separación de poderes, la legitimidad democrática y, en definitiva, los derechos fundamentales de los ciudadanos. Entre estos ejes fundamentales de la concepción de Estado existe una estrecha relación, lo que llevará a plantearse la idea de que todos son importantes y se arriesgan de la misma manera frente a la dinámica de la

²⁰⁰Joachim Lang, "Los presupuestos constitucionales de la armonización del Derecho Tributario en Europa", en Andrea Amatucci (director), *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo Primero: El Derecho Tributario y sus fuentes, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 799.

armonización. Sin embargo, la soberanía, la legalidad y los derechos fundamentales engloban todas las preocupaciones constitucionales.

Los órganos comunitarios, sin duda, tiene competencias atribuidas expresamente. Lo que no pueden traspasar, ni aún con justificación finalista, son los límites constitucionales señalados. En este sentido, los órganos internacionales y particularmente los comunitarios supranacionales no puede ir más allá de lo que se les ha atribuido (principio de la competencia de atribución según la cual, ningún órgano o institución puede llevar su actividad más allá de las competencias estipuladas en o los instrumentos que los han instituido). Por tanto, todo lo que transgreda este principio y atente a los elementos o “contralímites” constitucionales deberá ser desechado del ordenamiento interno de los Estados.

Ahora bien, no se trata de negar el objetivo que tiene la armonización en relación a los fines integracionistas, para lograr el mercado único, el mercado interior y la próxima unión económica, afianzando la libre circulación de mercaderías, capitales, servicios y personas, sino de respetar lo que los propios Estados determinan en sus modelos constitucionales y que constituyen la esencia misma de su naturaleza política. Habrá que dejar sentado que la armonización, en todo caso, respeta la institucionalidad política y jurídica interna de los Estados.

Bibliografía

- Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, editores, *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 572-589.
- Barbosa Delgado, Francisco, “El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización”, en Gonzalo Ramírez Cleves (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 88-119.
- Bernal Pulido, Carlos, “Democracia y globalización en América Latina”, en Gonzalo Ramírez Cleves, editor, *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 220-240.
- Boaventura de Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.
- Bonilla Maldonado, Daniel, “Estado-nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía”, en Gunther Teubner, et. al., *Estado, Soberanía y Globalización*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp. 11-18.
- Brennan, Geoffrey, “Globalización y diversas formas de democracia”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y Derecho*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. Edición, Quito, 2009, pp. 161-176.
- Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Carbonell, Miguel, “Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate”, en *Globalización y Derecho*, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, compiladores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 19-38.

Cuervo, Jorge Iván, “El blog jurídico o la construcción de una nueva razón jurídica”, en Gonzalo Ramírez Cleves, editor, *Los blogs jurídicos y la Web 2.0 para la difusión y la enseñanza del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 57-67.

De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, décimo sexta edición, México, D.F., 2012.

De Vega García, Pedro, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, 2003, pp.165-219.

Deutsch, Karl, *El análisis de las relaciones internacionales*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1970.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, 2da. Edición, Madrid 2001.

García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, tercera edición, Pamplona, 2009.

Gamboa Serazzi, Fernando y Fernández Undurraga, Macarena, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración*, Santiago, LexisNexis, 2006.

Gordillo Pérez, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.

Jáuregui, Gurutz, “Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, en Miguel Carbonell, compilador, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2da. Edición, México D.F., 2002, pp. 411-438.

Kelsen, Hans, *Autobiografía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Krasner, Stephen, “Globalización y Soberanía”, en Gunther Teubner, et. al., *Estado, Soberanía y Globalización*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp. 139-179.

Nasar, Sylvia, *La Gran Búsqueda. Una historia de la economía*, Debate, Barcelona, 2012.

Lang, Joachim, “Los presupuestos constitucionales de la armonización del Derecho Tributario en Europa”, en Andrea Amatucci, director, *Tratado de Derecho Tributario, Tomo Primero: El Derecho Tributario y sus fuentes*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pp. 764-821.

Lipsey, Richard, “Integración internacional: uniones económicas”, en *Enciclopedia Internacional de la Ciencias Sociales, T. 6*, Madrid, Ed. Aguilar, 1979.

Marchessou, Philippe, “El tributo y la integración económica. El derecho supranacional. Especial referencia al Derecho Comunitario europeo”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, coord., *El Tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI (En Homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, Tomo 1, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 1123-1131.

Masapanta Gallegos, Christian, “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del

pluralismo jurídico”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (editores), *Derechos ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 409-450.

Montaño Galarza, César, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, en Revista Foro, No. 1, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 203-237.

Montaño Galarza, César, “Constitución del Ecuador e Integración Andina”, s/d.

Montaño Galarza, César, “La interpretación en el Derecho Comunitario Andino de la Tributación”, en *Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Universidad de Cuenca-Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, Cuenca, 2005, pp. 83-133.

Montaño Galarza, César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Universidad Andina Simón bolívar, Sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2007.

Montaño Galarza, César, “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, en José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón (editores), *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos-Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 1ª. Edición, Quito, 2012, pp. 25-38.

Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

Pastrana Buelvas, Eduardo, “Problemas y perspectivas de la profundización de la Unión Europea”, en Eric Tremolada Álvarez, editor, *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración. Segunda Jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 1ra. Edición, Bogotá, 2008, pp.165-183.

Pardo, Germán, “La CAN: aproximación a una codificación aduanera”, en José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón, editores, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos-Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2012, pp. 115-150.

Pérez Tremps, Pablo, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Cuaderno de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1994.

Pérez Tremps, Pablo, “Constitución e Integración”, en Pablo Pérez Tremps, coordinador, *Integración, Política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 141-162.

Pico Mantilla, Galo, *Derecho Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 2da. Edición, Quito, 1992.

Pisarello, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Estado Constitucional y Globalización*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, segunda edición, México, 2003, pp. 239-268.

Pizzolo, Calogero, *Globalización e Integración. Ensayo de una Teoría General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

Plazas Vega, Mauricio Alfredo, *Derecho Tributario Comunitario. La Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Legis, 1ra. Edición, Bogotá, 2001.

Plazas Vega, Mauricio Alfredo, “Derecho Tributario Comunitario. ¿Hay un poder tributario de las comunidades supranacionales? ¿Cómo incide el Derecho Tributario Comunitario en el principio de reserva de ley?”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez coordinadores, *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI (En Homenaje al L Aniversario del Instituto*

Latinoamericano de Derecho Tributario), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, pp. 1133-1193.

Preciado Pineda, Edgar, “Anteproyecto de Código Aduanero Comunitario Andino”, en José Vicente Troya Jaramillo e Isabel Palacios Leguizamón, editores, *IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos-Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, 2012, pp. 151-257.

Ramírez Cleves, Gonzalo, *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá, 2009.

Ramírez Cleves, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Ramírez Cleves, Gonzalo, “Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización”, en Gonzalo Ramírez Cleves (editor), *El Derecho en el contexto de la globalización*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 187-218.

Ríos Álvarez, Lautaro, “Globalización, integración y Derecho Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 2003, Konrad-Adenauer-Siftung A.C., 9na. Edición, Montevideo, 2003, pp. 467-483.

Roche Laguna, Irene, *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (Armonización de la imposición directa en la Comunidad Europea)*, Polo Europea Jean Monnet-Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Rodríguez Garavito, César, *La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.

Rodríguez Santibáñez, Iliana, *La soberanía en tiempos de globalización*, Editorial Porrúa, México D.F., 2011.

Rubio Llorente, Francisco, “La integración Supranacional”, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo (directores), *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV-Editorial Civitas S.A., 1997, pp. 719-732.

Saldivia, Laura, “El derecho y la soberanía en la globalización”, en Gunther Teubner, et. al., *Estado, Soberanía y Globalización*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp. 21-63.

Sierra Porto, Humberto, *Concepto y tipos de ley en La Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Tamames, Ramón y Huerta, Begoña G., *Estructura económica internacional*, Alianza Editorial, 19na. Edición, Madrid, 1999.

Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Baker & McKenzie, 1ra. edición, Bogotá, 2002.

Teubner, Gunther, “Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y Constitución dual de sectores autónomos?”, en Gunther Teubner, et. al., *Estado, Soberanía y Globalización*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2010, pp. 65-102.

Torres, Agustín, “Derecho Tributario Comunitario”, en Horacio García Belsúnce, *Tratado de Tributación, Tomo I: Derecho Tributario, Vol. 2*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 573-631.

Uckmar, Víctor, *Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Editorial Temis, Bogotá, 2002.

Uribe Restrepo, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

Vile, M. J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Zabrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, décima edición, Madrid, 2011.

Zelada C., Alberto, *Derecho de la Integración Económica Regional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989.